

Die clausula rebus sic stantibus beim öffentlich-rechtlichen Vertrag

Dissertation
der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines Doktors
beider Rechte

vorgelegt von
Paul Grätzer
von Einsiedeln (SZ)

genehmigt auf Antrag von
Herr Prof. Dr. H. Nef

Buchdruckerei „Neue Einsiedler Zeitung“ Einsiedeln
1953



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41507223_0035

Paul Grätzer:

Die clausula rebus sic stantibus beim öffentlich-rechtlichen Vertrag



Die clausula rebus sic stantibus beim öffentlich-rechtlichen Vertrag

Dissertation
der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines Doktors
beider Rechte

vorgelegt von
Paul Grätzer
von Einsiedeln (SZ)

genehmigt auf Antrag von
Herr Prof. Dr. H. Nef

Buchdruckerei „Neue Einsiedler Zeitung“ Einsiedeln
1953

Die Rechts- und staatswissenschaftliche Fakultät gestattet hierdurch die Drucklegung vorliegender Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

Zürich, den 15. Dezember 1951.

Der Dekan:

Prof. Dr. G. Weiß

Inhalts-Verzeichnis

Vorwort

1. Teil

Die allgemeine Lehre von der Clausula rebus sic stantibus (Die Clausula rebus sic stantibus im Privatrecht)

§ 1. Die Vertragstreue	9
§ 2. Die Aenderung der Verhältnisse	10
§ 3. Die Clausula rebus sic stantibus	10
§ 4. Vertragsmäßiger Schutz vor veränderten Verhältnissen	11
§ 5. Der stillschweigende Rücktrittsvorbehalt	12
§ 6. Gesetzlicher Schutz vor veränderten Verhältnissen	12
A. Generalklauseln	12
B. Spezielle gesetzliche Rücktrittsbestimmungen	13
C. Analogie	14
§ 7. Geschichte der Clausula rebus sic stantibus	15
§ 8. Juristische Theorien der Clausula rebus sic stantibus	16
A. Unmöglichkeit der Leistung	16
B. Irrtum	16
C. Bereicherung	17
D. Voraussetzung	17
E. Geschäftsgrundlage	18
§ 9. Werttheorien zur Lösung des Problems	18
A. Ruintheorie	19
B. Theorie von der Zumutbarkeit der Leistung	
Theorie vom ausbeuterischen Mißverhältnis zwi-	
schen Leistung und Gegenleistung	19
§ 10. Die Theorie vom ausbeuterischen Mißverhältnis zwi-	
schen Leistung und Gegenleistung im Besonderen	20
A. Für die Klausel untauglichen Geschäfte	20
B. Beschaffenheit der veränderten Umstände	21
Unvorhersehbar	21
Unverschuldet	22

Ueberindividueller Natur	23
Außerordentlich	23
Bewirkung eines Mißverhältnisses zwischen Leistung und Gegenleistung	24
Ausbeutung der Zwangslage des Schuldners	25
C. Beachtung aller Umstände des einzelnen Falles	26
§ 11. Die Wirkungen der veränderten Umstände	28
A. Auflösung des Vertrages	28
B. Aenderung des Vertrages	29

2. Teil

Die Clausula rebus sic stantibus im öffentlichen Recht	
§ 1. Ueberleitung	31
§ 2. Die Tätigkeitsformen der Verwaltung	33
§ 3. Oeffentliches und privates Recht	35
§ 4. Der Streit um den öffentlich-rechtlichen Vertrag in der Theorie	40
§ 5. Der Begriff des öffentlich-rechtlichen Vertrages	42
§ 6. Verträge zwischen öffentlich-rechtlichen Verbänden	44
§ 7. Verträge öffentlich-rechtlicher Verbände mit Privaten	48
§ 8. Oeffentlich-rechtliche Verträge zwischen Privaten	53
§ 9. Die Rechtskraft der Verfügungen	56
§ 10. Die Clausula rebus sic stantibus im öffentlichen Recht im Besonderen. Allgemeines	58
§ 11. Die Clausula rebus sic stantibus in öffentlich-rechtlichen Verträgen zwischen gleichberechtigten staatlichen Verbänden	60
§ 12. Die Clausula rebus sic stantibus bei öffentlich-rechtlichen Verträgen zwischen Verwaltung und Bürger	84
§ 13. Die Clausula rebus sic stantibus bei öffentlich-rechtlichen Verträgen zwischen Privaten	97

Vorwort

In den Lehrbüchern des Verwaltungsrechts finden sich über die Clausula rebus sic stantibus nur wenige Sätze, welche sich zumeist noch auf die bedingt einseitige Verfügung beziehen. Ebenso wird in diesen Werken der öffentlich-rechtliche Vertrag ziemlich stiefmütterlich behandelt. Ja sogar die Spezialliteratur des öffentlichen Rechts befaßt sich, soweit ich sehen konnte, mit der cl. r. s. st. überhaupt nicht, mit dem öffentlich-rechtlichen Vertrag nur selten.

Was die Clausula anbelangt, sah ich mich daher gezwungen, bei der „älteren Schwester“ des öffentlichen Rechts, dem Privatrecht, Umschau zu halten. Dieses hat über die Frage eine reiche Literatur entwickelt. Neben andern haben sich in jüngster Zeit insbesondere Reichel und Oftinger der Klausel angenommen, und ich verhehle nicht, daß ich bei den von diesen Autoren erstellten vorzüglichen und klaren Arbeiten vieles entlehnt habe; insbesondere bin ich auch im Prinzip ihrer Systematik gefolgt.

Mit der Heranziehung des Privatrechts ergaben sich für meine Arbeit zwei Möglichkeiten: Entweder konnte ich Grundsatz um Grundsatz der Klausellehre beleuchten, oder dann mußte ich vorerst einen Ueberblick über die privatrechtliche Klausellehre geben, dem dann die Besonderheiten des öffentlichen Rechts gegenüber zu stellen waren. Bei Verwendung der ersten Methode wäre ich wegen der verschiedenen Arten von öffentlich-rechtlichen Verträgen nicht darum herum gekommen, Gleiches immer wieder zu wiederholen, wobei dann doch eine Gesamtdarstellung der Klausellehre gefehlt hätte. Ich habe mich daher für den zweiten Weg entschieden und in einem ersten Teil die allgemeine Lehre der Klausel, wie sie das Privatrecht bietet, dem eigentlichen Thema vorangestellt.

Im öffentlich-rechtlichen Teil sah ich mich veranlaßt, vorerst auf die Lehre des öffentlichen Rechts in seinem Unterschied zum Privatrecht einzutreten. Da der öffentlich-rechtliche Vertrag, welcher die Grundlage für eine öffentlich-rechtliche Klausel-

lehre bildet, in der Literatur nur mangelhaft behandelt wurde und zudem über ihn große Streitigkeiten bestehen, mußte ich sodann über ihn meine Auffassung dartun, auf der ich dann erst die Lehre von der Klausel entwickeln konnte.

Ich hoffe, mit meiner Arbeit einen bescheidenen Beitrag zum Problem geleistet zu haben.

Einsiedeln, im September 1950.

Der Verfasser

I. Teil

Die allgemeine Lehre von der Clausula rebus sic stantibus

(Die Clausula rebus sic stantibus im Privatrecht)

§ 1. Die Vertragstreue

Pacta sunt servanda. Verträge müssen gehalten werden. Dieser Grundsatz erscheint uns als selbstverständlich. Nur der Treulose bricht sein Wort. Ihering führt die Verbindlichkeit der Verträge auf ihren Zweck zurück. Ohne die Verbindlichkeit der Verträge wären nur die primitiven Rechtsgeschäfte, die sogenannten Realgeschäfte, bei denen die Erfüllung Zug um Zug erfolgt, möglich. Dagegen stünden diejenigen Verträge, bei welchen die eine oder beide Leistungen für die Zukunft versprochen werden, ohne jegliche Sanktion da. „Das Versprechen ist die Entbindung des Vertrages von den Fesseln der Gegenwart, die Anweisung auf die Zukunft zum Zwecke der Bestreitung der Bedürfnisse der Gegenwart. Damit aber das Wort die Leistung vertrete, muß die Sicherheit bestehen, daß es seiner Zeit gegen die Leistung eingetauscht werde.“¹ Mit der Verbindlichkeit für die Zukunft ausgestattet, wurde der Vertrag zum Schlüssel des Wirtschaftslebens. Jetzt konnte der Verkäufer Waren verkaufen, ohne daß er auf Bezahlung im Gegenzug dringen mußte. Der Käufer konnte seine Leistung später erbringen. Der Verkäufer hatte das Wort, welches die Leistung vertrat. Der Besteller konnte sich darauf verlassen, daß der Bildhauer die versprochene Statue herstellen, und dieser wußte, daß der Besteller sie auch bezahlen würde. Der moderne Wirtschaftsverkehr ist ohne die Verbindlichkeit der Verträge nicht mehr zu denken. Ohne die

¹ Ihering, Der Zweck im Recht (5. A. Leipzig 1916) 205.

Verbindlichkeit der Verträge würde man nur noch seinem engsten Freunde Kredit gewähren oder im Vertrauen auf das Faustrecht dem Schwächeren. Dem Fremden würde man keinen Glauben mehr schenken. Das wäre der Tod des Wirtschaftsverkehrs und die Geburt einer furchtbaren Eigenhilfe, sowohl durch den Einzelmenschen, wie auch durch die Gesellschaftsverbände.²

§ 2. Die Aenderung der Verhältnisse

Die Zeit arbeitet für sich. Die Natur wächst, verheert. Der Mensch arbeitet, zerstört. Aufbau und Zerstörung erschöpfen sich nicht in sich selbst; sie bohren sich tief in die Umwelt ein und erschüttern sie zum Guten und Bösen, sie beleben und lähmen das Wirtschaftsleben, bringen Gewinne und verursachen Verluste. Vorsichtige Geschäftsleute schließen heute wohlüberlegte Verträge; morgen zeigen sich diese als absolut unhaltbar, weil über Nacht Kriege, Krisen, Abwertungen, Naturkatastrophen, umwälzende Erfindungen, neue Produktionsmethoden etc. alles aus dem Gleichgewicht gebracht haben. Was gestern gut und billig war, spricht heute jedem Gebot von Billigkeit und Gerechtigkeit hohn. So griffen insbesondere der Weltkrieg 1914/18 und die nachfolgenden Krisenjahre, wie auch wieder der Krieg von 1939/45, erschütternd und umwälzend ins Wirtschaftsleben ein.

§ 3. Die Clausula rebus sic stantibus

Infolge der Leistungshindernisse und Leistungser schwerungen, welche durch die oben genannten Ereignisse der Erfüllung vieler Schuldverhältnisse entgegentraten, sahen sich Theorie und Praxis vor die Frage gestellt, ob das eingreifende Ereignis vom Schuldner zu tragen ist, welcher demnach zur Leistung verpflichtet bleibt, oder vom Gläubiger, welcher seinen Anspruch verliert. Vor schwere Entscheidungen gestellt, griff man, um krasse Ungerechtigkeiten zu verhüten, zur alten Lehre von der cl. r. s. st. und entwickelte auf ihr neue Theorien. Von alters her lehrten nämlich bedeutende Juristen, daß wenn sich die Umstände seit Vertragsabschluß grundlegend veränderten, der Vertrag nicht mehr bindend sei. Leyser, wohl einer der hauptsächlichsten Verfechter der Klausel, formulierte den Satz: „Omne pactum rebus sic stantibus intelligendum est.“¹ Allgemein ist

² Vgl. auch Hans Weber, Das richterliche Aenderungsrecht bei Dauerverträgen, Zürcher Diss. 1925. 1 ff.

¹ Pfaff a. a. O. 24.

man heute der Auffassung, daß veränderte Umstände einen gewissen Einfluß auf bestehende Verträge auszuwirken vermögen. Der Streit um die Klausel hat seinen Schwerpunkt jedoch nicht mehr in der Frage, ob Verträge wegen veränderter Umstände aufgehoben oder abgeändert werden können, sondern man fragt sich vielmehr, welche veränderten Umstände und wann diese einen Eingriff in den Vertrag rechtfertigen.²

§ 4. Vertragsmäßiger Schutz vor veränderten Umständen

Vorsichtige Geschäftsleute schützen sich oft durch entsprechende Klauseln vor veränderten Umständen.¹ Dabei werden diese entweder allgemein gehalten wie: „Veränderung der Umstände vorbehalten“, „freibleibend für den Fall veränderter Umstände“, auch die unbedingte Rücktrittsklausel „Rücktritt vorbehalten“ gehört hierher; oder sie haben eine spezielle Gefahr im Auge wie Kriege, Streiks, Abwertungen etc.² Den Währungsschwankungen entgehen die Parteien durch die Wahl einer für absehbare Zeit sicheren Währung, z. B. des Dollars; besonderes Vertrauen genießt auch die Goldklausel. Diese Klauseln sind nach Treu und Glauben restriktiv auszulegen. Beispielsweise gestattet eine spezielle Rücktrittsklausel einen Rücktritt nur bei Eintritt des verklausulierten Ereignisses: bei einem Streik begründet die Kriegsklausel keinen Rücktritt. Auf der anderen Seite darf aber auch nicht am Worte geklebt werden. Unter Krieg kann auch ein Zoll-, Handels- oder Bürgerkrieg etc. verstanden werden.³ Es genügt nicht, daß das befürchtete Ereignis eingetreten ist; es muß auch vertragserheblich sein, d. h. es muß als wesentlich störend in den Vertrag eingewirkt haben.⁴ Selbstverständlich begründet die verschuldete Herbeiführung des Ereignisses kein Rücktrittsrecht.⁵ Für die Wirkung der Klausel ist auf den Wortlaut abzustellen. Das Wort „Vorbehalt“ deutet auf einen Rücktritt hin. Wählt der Berechtigte den Rücktritt, so hat er sich rechtzeitig auf die Klausel zu berufen. Er muß sich „innerhalb kurzer, angemessener Frist“, wie sich das deutsche Reichsgericht ausdrückt, erklären.⁶ Der Berechtigte darf

² Otfinger a. a. O. 246; Bürgi a. a. O. 137.

¹ Reichel a. a. O. 5.

² BGE 41 II 679; 42 II 240; 44 II 520; 45 II 52; 48 II 80.

³ Reichel a. a. O. S. 6; Kegel a. a. O. S. 25 ff.

⁴ Kegel a. a. O. S. 32; Reichel a. a. O. S. 6.

⁵ Reichel a. a. O. S. 6.

⁶ Kegel a. a. O. S. 40.

nicht ins Ungewisse hinein auf dem Rücken des Gegners spekulieren.⁷

§ 5. Der stillschweigende Rücktrittsvorbehalt

Die cl. r. s. st. wie auch die besonderen Rücktrittsklauseln können sich aus den Umständen auch als stillschweigend gewollt ergeben, wenn feststeht, daß nach dem Willen der Parteien die Rechtswirkung des Vertrages vom Eintritt künftiger veränderter Umstände abhängen soll. Das kann angenommen werden, wenn den Parteien eine künftige Veränderung der Umstände als unsicher erschien, so daß sie mit dem Fall des Nichteintritts anderer Umstände rechnen konnten.¹ Bei dauerndem Geschäftsverkehr ergibt sich oft aus den Umständen, daß bei einer Offerte die Klausel gewollt ist, wenn sie bisher bei den Verträgen derselben Art verabredet wurde.² Das deutsche Reichsgericht hat die Kriegsklausel als stillschweigend vereinbart angesehen in dem Falle, bei dem im Vertrag zwischen dem Verkäufer und seinem Hintermann (z. B. Fabrikant) die Kriegsklausel ausdrücklich enthalten ist, nicht aber im Vertrag zwischen dem Verkäufer und dem Käufer.³ Auch aus der Verkehrssitte kann auf die Klausel geschlossen werden. Hat sich an einem Platz oder in einem Geschäftszweig ein Handelsgebrauch gebildet, wonach das spätere Eintreten gewisser neuer Umstände oder schlechthin irgendwelcher Ereignisse — auch ohne Kenntnis der Vertragsschließenden — zum Rücktritt vom Verträge berechtigt, so ist dies als stillschweigender Vertragsbestandteil zu betrachten.⁴ Im allgemeinen sind aber für die Annahme eines stillschweigenden Rücktrittsvorbehaltes strenge Anforderungen zu stellen, sonst würden sich die gleichen Resultate ergeben, wie wenn man die cl. r. s. st. generell zulassen würde.

§ 6. Gesetzlicher Schutz vor veränderten Umständen

A. Generalklauseln

Es wäre durchaus möglich, daß ein Gesetz die allgemeine Bestimmung enthalten würde: „Bei wesentlicher Veränderung der Umstände seit Abschluß des Vertrages wird der Vertrag

⁷ Reichel a. a. O. S. 8.

¹ Vgl. von Tuhr/Siegwart a. a. O. S. 699.

² Vgl. von Tuhr/Siegwart a. a. O. S. 15 Note 42.

³ Vgl. Kegel a. a. O. S. 27.

⁴ Vgl. Reichel a. a. O. S. 9.

hinfällig." Tatsächlich enthielt das Bayerische Landrecht von 1756 eine solche Regel in IV. x. 15 § 12:

„Da ... 3. alle Verbindungen die Clausula rebus sic stantibus stillschweigend in sich halten, so werden solche auch durch die Veränderung der in die Obligationen gebrachten Sache jedoch andesgestallt nicht, als unter folgenden drei Requisiten aufgehoben: wenn nämlich 1. sothane Veränderung weder Mora noch Culpa aut Facto Debitores veranlaßt werden, selbe 2. nicht leicht vorauszusehen gewesen und endlich 3. von solcher Beschaffenheit ist, daß wenn der Debitor solche voraus gewußt hätte, er sich nach unpartheyischen und redlichem Gutachten verständiger Leute nimmermehr hierauf eingelassen haben würde, in welchen Umständen gleichwohl noch zur rechtlichen Ermäßigung stehet, ob die Obligation völlig aufgehoben oder nur nach Proportion der Veränderung gemäßigt werden solle".¹

Zu erwähnen sind auch gewisse kriegsbedingte Erlasse. So Frankreichs Loi Failliot vom 21. 1. 1918:²

Art. 1. Während des Krieges und drei Monate nach Einstellung der Feindseligkeiten gelten die folgenden Ausnahmebestimmungen für vor dem 1. 8. 1914 abgeschlossenen Verträge mit Handelscharakter, die Warenlieferungen oder andere sukzessive oder hinausgeschobene Lieferungen zum Gegenstand haben.

Art. 2. Die in Art. 1. genannten Verträge können unabhängig von den auf dem gemeinen Recht oder auf Vereinbarungen beruhenden Auflösungsgründen auf Verlangen jeder Vertragspartei aufgehoben werden, wenn feststeht, daß die Erfüllung einer Vertragspartei Lasten oder Schäden verursachen würde, die das bei Vertragsabschluß vernünftigerweise voraussehbare Maß erheblich überschreiten.

Weiter seien genannt die Deutschen Aufwertungsgesetze nach dem ersten Weltkrieg und für die neuere Zeit insbesondere die Vertragshilfeverordnungen. Besonders interessant ist die Verordnung über die Vertragshilfe des Richters aus Anlaß des Krieges vom 30. 11. 1939.

B. Spezielle gesetzliche Rücktrittsbestimmungen

Die schweizerische Gesetzgebung kennt keine Generalklausel, welche eine Veränderung der Umstände generell berücksichtigt. Hingegen finden wir im schweizerischen Recht eine große An-

¹ Pfaff a. a. O. S. 79.

² Deutsch übersetzt enthalten in Kegel a. a. O. S. 261.

zahl besonderer Bestimmungen, welche auf dem Gebiete des Vertragsrechts³ eine Aufhebung oder Abänderung des Vertrages wegen Veränderung der Umstände erlauben. Solche Bestimmungen enthalten folgende Artikel des Obligationenrechts: 82 exceptio non adimpleti contractus, 83 einseitige Zahlungsunfähigkeit, 250 Schenkung, 269 Miete, 291 Pacht, 309 II Gebrauchsleihe, 352 Dienstvertrag, 476 Hinterlegung, 527 Verpfändung, 545 II Einfache Gesellschaft, 574 I Kollektivgesellschaft, 619 I Kommanditgesellschaft, 736 Ziff. 4 A.-G., 770 II / 777 Kommandit-A.-G., 820 Ziff. 4 GmbH, 843 II Genossenschaft. Diese Bestimmungen sehen eine Aufhebung des Vertrages meist wegen wichtiger Gründe vor. Eine Anpassung des Vertrages an die veränderten Verhältnisse ist vorbehalten in: 287 Pacht, 373 II Werkvertrag, 163 III Konventionalstrafe, 417 Mäklervertrag.⁴

C. Analogie

Als Einzelbestimmung, auf Grund welcher ein Vertrag bei Veränderung der Umstände aufgehoben werden kann, ist -- wenigstens dem Wortlaute nach⁵ -- besonders typisch Art. 373 OR, welcher bestimmt:

„Wurde die Vergütung zum Voraus genau bestimmt, so ist der Unternehmer verpflichtet, das Werk um diese Summe fertig zu stellen und darf keine Erhöhung fordern, selbst wenn er mehr Arbeit oder größere Auslagen hat als vorgesehen war.

Falls jedoch außerordentliche Umstände, die nicht vorausgesehen werden konnten oder die nach den von beiden Beteiligten angenommenen Voraussetzungen ausgeschlossen waren,

³ Die gesetzliche Regelung veränderter Umstände reicht über das Vertragsrecht hinaus. So finden wir der cl. r. s. st. ähnliche Bestimmungen bei der Ehescheidung ZGB 137 ff., Aufhebung oder Herabsetzung der Unterhaltsrente bei der Scheidung 153 I/II, Anpassung der Elterrechte bei Aenderung der Verhältnisse 156/157, Anpassung der ehelichen Unterhaltsansprüche bei der Aufhebung des gemeinsamen Haushalts 170 III, Neubestimmung oder Aufhebung des Unterhaltsbeitrages beim außerehelichen Kindsverhältnis 320, usw. Vgl. auch OR 46 Abänderung der Rente bei Körperverletzung.

⁴ Reichel a. a. O. S. 12 unterscheidet drei Vertragsgruppen, für welche das Gesetz spezielle Rücktrittsbestimmungen vorsieht *Dauergeschäfte* (Dienst-Miet-Pacht-Gesellschafts-Verwaltungs- und Verpfändungsvertrag), *Gefälligkeitsgeschäfte*: Wer eine Gefälligkeit verspricht, muß an seinem Versprechen bei späterem Eintritt erschwender Umstände nicht festhalten. (Auftrag, Leihe, Schenkung.) *Kreditgewährungsgeschäfte*: Wer Kredit verspricht, der tut dies unter der Voraussetzung der Kreditwürdigkeit des Empfängers; entfällt diese, so kann er vom Vertrage zurücktreten OR 83, 316.

⁵ Nawiasky Hans, Einführung in die Rechtswissenschaft, Einsiedeln 1941 S. 119.

die Fertigstellung hindern oder übermäßig erschweren, so kann der Richter nach seinem Ermessen eine Erhöhung des Preises oder die Auflösung des Vertrages bewilligen.

Der Besteller hat auch dann den vollen Preis zu bezahlen, wenn die Fertigstellung des Werkes weniger Arbeit verursacht, als vorgesehen war."

Man ist versucht, diese Bestimmung auch auf ähnliche Fälle, wo eine Veränderung der Umstände mitspielt, auszudehnen.⁶ Gegner der Klausel werden aber einem solchen Versuch sofort per argumentum e contrario mit dem Einwand entgegenzutreten, der Gesetzgeber habe in weiser Erkenntnis der Gefährlichkeit einer allgemeinen Bestimmung über die cl. r. s. st. nur gerade beim Werkvertrag eine solche Bestimmung vorgesehen, dagegen habe er ein Rücktrittsrecht wegen veränderter Umstände sonst überall ausschließen wollen.⁷ Diese Schwierigkeit tritt bei jedem versuchten Analogieschluß zutage. Das rührt daher, daß der Analogieschluß nicht nach logischen Prinzipien bestimmt wird, sondern nach sachlichen Werturteilen. Das Problem der cl. r. s. st. ist daher in diesem Sinne zu untersuchen.

§ 7. Geschichte der cl. r. s. st.

Es würde zu weit führen, in dieser Arbeit eingehend auf die geschichtliche Entwicklung der Clausula näher einzutreten. Es mögen folgende Angaben dienen: Pfaff¹, welcher sich eingehend mit der Geschichte der Klausel befaßt hat, sieht ihren Ursprung bereits in einer Glosse zum Corpus Juris. Bei den Postglossatoren ist die Clausula schon weit verbreitet. Pfaff weist dann auch nach, daß die Lehre von der cl. r. s. st. in der Folgezeit zu immer größerer Bedeutung gelangte. Ihre größte Verbreitung sieht er im 17. und 18. Jahrhundert. Später kam sie immer mehr außer Gebrauch, weil man die von ihr bewirkte Rechtsunsicherheit als eine zu große Belastung der Rechtsordnung empfand. In der Zeit während und nach dem ersten Weltkrieg wurde das Klauselproblem durch die unvorhergesehenen wirt-

⁶ Dieser Versuchung erlag das Bundesgericht in BGE 47 II 318.

⁷ Untersuchen wir die Bestimmung von Art. 373 näher, so stellt sich heraus, daß mit ihr im Grunde genommen nicht zukünftige besondere Verhältnisse getroffen werden, sondern latent schon vorhandene. Der Gesetzgeber hatte mit dieser Norm namentlich den Fall im Auge, wo ein Werkvertrag auf Grund einer Expertise (zumal mit Bezug auf die Bodenbeschaffenheit) abgeschlossen worden war (Vgl. Protokoll der Expertenkommission zur Revision des OR vom 9. März 1909). Es handelt sich hier um einen Fall von Irrtum, welcher auf Grund von Art. 2, Ziff. 4 gelöst werden kann (Vgl. auch BGE 52 II 437 und 58 II 422).

¹ Pfaff a. a. O. S. 1 ff.

schaftlichen Umwälzungen, welche den effektiven Wert der Leistungen maßlos veränderten, wieder aktuell und ist es bis heute geblieben, da die Welt seither nie mehr zur Ruhe gekommen ist.

§ 8. Juristische Theorien zur Lösung des Problems

Als juristische Theorien seien jene Lehren bezeichnet, die versuchten, die Wirkungen der cl. r. s. st. mittels eines schon bestehenden Rechtsinstituts wie Unmöglichkeit, Irrtum etc. oder neuen juristischen Lehren wie die Lehre von der Voraussetzung, der Geschäftsgrundlage etc. zu erzielen.

In einem späteren Abschnitt werden sodann die Werttheorien, welche von den Voraussetzungen ausgehen, unter welchen ein Rücktritt wegen veränderter Umstände gestattet ist (Ruintheorie, Theorie von der überobligationenmäßigen Leistung etc.), behandelt werden.

A. Unmöglichkeit der Leistung

In der Zeit während und nach dem ersten Weltkrieg (etwa bis 1920) hat man das Problem der cl. r. s. st. oft mit der Lehre von der Leistungsunmöglichkeit zu lösen versucht. Sowohl das Deutsche Reichsgericht¹ wie auch das Schweizerische Bundesgericht² huldigten eine zeitlang dieser Lehre. Man kam auf diesen Begriff, indem man die subjektive, wirtschaftliche, sog. relative Unmöglichkeit der objektiven, tatsächlichen, logischen Unmöglichkeit gleich setzte. Oftinger³ führt dazu aus, daß dies eine Verwässerung des in Art. 119 OR enthaltenen Unmöglichkeitsbegriffes darstelle.

Die Begründung mit dem Begriff der Unmöglichkeit paßt im übrigen nicht, wenn für den Schuldner die Leistung nicht beschwerlicher geworden ist, vielmehr nur die Gegenleistung für ihn an Wert eingebüßt hat. Sie gestattet auch nur die Aufhebung und nicht die Abänderung des Vertrages.⁴

Auch der Begriff des

B. Irrtums

wurde zur Lösung des Problems herangezogen. Ein Irrtum bezieht sich aber immer auf die Gegenwart oder die Vergangenheit. Er ist nur dann möglich, wenn man über ein Wissen verfügt,

¹ RGZ Bd. 100 S. 129.

² BGE 43 II 176; 44 II 518, 526; 45 II 398, 433, 463; 47 II 400 f.; 48 II 247; 59 II 378.

³ a. a. O. S. 245.

⁴ von Tuhr/Siehwart a. a. O. S. 613 Note 73 b.

Erfahrung und Wissen vorhanden sind. Ueber eine zukünftige Veränderung der Umstände kann man aber nichts wissen.⁵

Weiter versuchte man mit dem Begriff der

C. Bereicherung

dem Problem beizukommen. Wie wir weiter unten sehen werden, wird ein Rücktritt wegen Veränderung der Umstände nur gewährt, wenn der Kreditor zum Schaden des Schuldners bereichert wird. Der Bereicherung des Gläubigers wollte man mit der Kondiktionenlehre entgegentreten. Gegen diese Lösung ist aber einzuwenden, daß die Bereicherung eine schon vollzogene Uebertragung von Werten voraussetzt, die nachträglich korrigiert werden soll. Die Klausellehre hingegen lehnt einen Eingriff in bereits vollzogene Verträge als zu weit gehend ab.

Seinerzeit wurde auch mit den Begriffen vom Endzweck oder Hauptzweck des Vertrages operiert. Wenn dieser nicht erreicht wird, so fällt der Vertrag dahin.⁶

Auch wurde behauptet, daß ein Vertrag bei Aenderung der Umstände gegen die guten Sitten verstoßen könne und aus diesem Grunde aufzuheben sei. Jedoch hat diese Theorie keine großen Wellen geworfen.

Größere Bedeutung erlangte Windscheids Lehre von der

D. Voraussetzung

Windscheid lehrte: „Voraussetzung ist nicht dasjenige, weswegen man gewollt hat, sondern dasjenige, ohne welches man nicht gewollt haben würde...“.⁷ „Das Vorausgesetzte ist nicht das Ausgesprochene, sondern dasjenige, von dem man, obgleich man ohne dasselbe nicht will, die Existenz seiner Willenserklärung nicht abhängig gemacht hat, weil man es eben als seiend, oder gewesen seiend, oder sein werdend, vorausgesetzt hat“.⁸ Wer nun unter erkennbar unzutreffender Voraussetzung einen Vertrag schließt, kann nach Aufklärung des Sachverhalts zurücktreten. Diese Lehre führt zur Klausel zurück. Sie wurde vom gleichen Bedürfnis erzeugt wie die Klausel, und sie hat die gleichen verheerenden Wirkungen.⁹ ^{9*}

⁵ Reichel a. a. O. S. 17; Oftinger a. a. O. S. 245; BGE 41 II 356.

⁶ Vgl. besonders Kopp, de cl. r. s. st. secundum jus cum naturale tum civilis, Diss. Marburg 1790 in Pfaff a. a. O. S. 30 ff.

⁷ Windscheid, Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung, Düsseldorf 1850; Aufsatz: Die Voraussetzung in Arch. ziv. Prax. 78 (1892) S. 161 ff.

⁸ Windscheid siehe oben S. 7.

⁹ Windscheid siehe oben S. 8.

^{9*} Vgl. BGE 66 I 312 E. 9.

An die Lehre Windscheids knüpfte Oertmann¹⁰ seine Theorie von der

E. Geschäftsgrundlage

„Geschäftsgrundlage ist die beim Geschäftsabschluß zutage tretende und vom etwaigen Gegner in ihrer Bedeutsamkeit erkannte und nicht beanstandete Vorstellung eines Beteiligten oder die gemeinsame Vorstellung der mehreren Beteiligten vom Sein oder vom Eintritt gewisser Umstände, auf deren Grundlage der Geschäftswille sich aufbaut.“¹¹ Diese Theorie wurde vom Reichsgericht anläßlich der Markentwertung am 3. 2. 1923 wortwörtlich übernommen.¹² Gegen diese Theorie ist das gleiche einzuwenden wie gegen diejenige der Voraussetzung.

Eng verwandt mit dem Begriff der Voraussetzung ist derjenige des Grundlagenirrtums. Es lassen sich dagegen die gleichen Einwendungen erheben wie gegen die Verwendung des Irrtumsbegriffes.¹³

§ 9. Werttheorien zur Lösung des Problems¹⁴

In neuerer Zeit hat man erkannt, daß sich das Problem der Klausel nicht auf juristisch logischer Basis lösen läßt. Im vorhergehenden Paragraphen wurde denn auch dargetan, daß die logischen Theorien das Problem entweder nur in gewisser Hinsicht zu lösen vermögen oder dann weit über das Ziel hinauschießen. Wie schon oft betont, ist es eminent wichtig, daß man sich auf die Verträge verlassen kann. Auf der anderen Seite wiederum würde aber ein starres Festhalten an den durch die Umstände noch so verstümmelten Verträgen ebenso stören wie ein überall gewährtes Rücktrittsrecht wegen jedes Bagatellfalles. Die Mitte liegt im Prinzip der Gerechtigkeit selber, im Grundsatz von Treu und Glauben. Treu und Glauben ist aber ein Werturteil, welches Vor- und Nachteile in jedem einzelnen Fall sorgsam abwägt. So suchte man dem Problem durch Werturteile näher zu kommen. Gleich entstanden auch besonders durch den Richter begründete Theorien, welche auszudrücken versuchten, in welchem Maße sich der Vertrag durch die Veränderung der Umstände vom ursprünglichen Inhalte abgewandt haben muß, um ein Rücktrittsrecht zu begründen. Sie seien im folgenden dargestellt:

¹⁰ Oertmann a. a. O. S. 1.

¹¹ Oertmann a. a. O. S. 37.

¹² Reichel a. a. O. S. 107.

¹³ Kegel a. a. O. S. 107.

¹⁴ Vgl. auch die Ausführungen auf Seite 23 betr. OR Art. 373.

A. Ruintheorie

Zeitweilig wurde vom Schweizerischen Bundesgericht¹ die Ruintheorie vertreten.² Diese besagt, daß ein Rücktritt vom Verträge möglich sei, wenn ein Festhalten an der Abmachung den Ruin einer Partei herbeiführen würde. Was soll Ruin bedeuten? Zahlungsunfähigkeit? Reichel fragt mit Recht, wozu wir dann eine Konkursordnung hätten.³ Diese Theorie erlaubt die Anfechtung von Dauerverträgen nur dann, wenn schwerwiegende wirtschaftliche Verpflichtungen in Frage stehen.⁴ Die wirtschaftlich weniger Begüterten, welche schneller ruiniert sind als gut fundierte Unternehmen, werden durch diese Theorie bevorzugt. Das kann zu großen Ungerechtigkeiten führen. Es ist daher nicht verwunderlich, wenn die schweizerischen Gerichte diese Theorie verlassen haben.⁵

B. Theorie von der Unzumutbarkeit der Leistung

Theorie vom ausbeuterischen Mißverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung

In neuerer Zeit wird nicht mehr so einseitig auf die durch die veränderten Umstände geschaffene Lage der einen Partei abgestellt, sondern man betrachtet die Lage beider Parteien in ihren Beziehungen zu den veränderten Umständen und zu der andern Partei. Namentlich werden die Leistungen beider Parteien einander gegenübergestellt und auf ein allfälliges Mißverhältnis zueinander hin untersucht. Ergibt sich dabei, daß die Leistung der einen Partei in keinem Verhältnis zu der der andern Partei steht, so fragt man sich, ob der mehr geschädigten Partei die Leistung noch zumutbar sei.¹ Der Begriff der Zumutbarkeit erscheint aber dem Problem gegenüber zu abstrakt, sodaß man nach einer besseren Konkretisierung hin drängen muß. Den Stein der Weisen glaubt man nun darin gefunden zu haben, daß man das Mißverhältnis der beiden Leistungen darauf hin untersucht, ob die durch die veränderten Umstände bedingte Leistungsverchiebung auf der einen Seite

¹ BGE 45 II 354; 45 II 386; 46 II 163; 47 II 315; 47 II 399; 47 II 399; 47 II 437; 48 II 246; 54 II 276.

² Ebenso durch das Reichsgericht vgl. Reichel S. 15.

³ Reichel a. a. O. S. 15.

⁴ Bürgi a. a. O. S. 139.

⁵ Das deutsche Reichsgericht klammert sich immer noch mehr oder weniger an diese Theorie.

¹ BGE 47 II 399.

Nutzen, oder wenigstens keinen Schaden, auf der andern Seite dagegen beträchtlichen Schaden verursachte, sodaß das Beharren an der Leistung durch die begünstigte Partei der Gegenpartei gegenüber loyalerweise als *ausbeuterisch* erscheinen müßte. Nach diesem Gesichtspunkte richtet sich heute die Rechtsprechung des Bundesgerichtes. Diese Theorie ist daher im Folgenden im Zusammenhang mit den übrigen Voraussetzungen, welche für eine Berufung auf die *cl. r. s. st.* vorhanden sein müssen, näher zu untersuchen.

§ 10. Die Theorie vom ausbeuterischen Mißverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung im Besonderen

A. Für die Berufung auf die cl. r. s. st. untaugliche Geschäfte

Auszugehen ist von denjenigen Geschäften, bei welchen eine Veränderung der Umstände und damit die Berufung auf die Klausel am ehesten in Frage kommt. Das sind die Dauerverträge.¹ Während der langen Dauer des Vertrages ändern sich die Umstände am ehesten, denn die Veränderung der Umstände liegt immer in der Zukunft. Jedoch muß unter Dauer nicht immer eine längere Dauer verstanden werden. In unserem schnellebigen Zeitalter ist es möglich, daß schon in kürzester Zeit die wirtschaftlichen Verhältnisse eine grundlegende Aenderung erfahren, welche alle Berechnungen der Parteien in den Wind schlagen. Man denke an einen plötzlichen Kriegsausbruch, an Naturkatastrophen oder an unerwartete rigorose Abwertungen.² Unanwendbar ist die *cl. r. s. st.* ohne weiteres bei Realgeschäften, bei welchen die Leistungen Zug um Zug erfolgen, denn in der Gegenwart können sich die Verhältnisse nicht ändern, die Parteien können sich höchstens über die wirklichen Zustände irren. Ebenso muß man die Anwendung der Klausel bei bereits erfüllten Geschäften verneinen. „Das verlangt die Verkehrssicherheit. Es geht nicht an, abgetane Sachen selbst nach Jahr und Tag wieder aufzurollen“.³ Im allgemeinen wird ein Rücktritt wegen veränderter Umstände nur bei gegenseitigen Geschäften zugelassen. Diese Lehre fußt darauf, daß für die einseitigen Rechtsgeschäfte, insbesondere die Schenkung,

¹ In BGE 62 II 45 wies das Bundesgericht bei einem einjährigen Vertrag die Berufung auf die Klausel ab. Es handelte sich um einen Mietvertrag. Auch das ausbeuterische Mißverhältnis war in diesem Falle nicht gegeben.

² Oftinger a. a. O. S. 235. Vgl. auch BGE 48 II 247; 62 II 45.

³ Reichel a. a. O. S. 25.

andere Grundsätze gelten.⁴ Vielfach ist man auch der Auffassung, daß bei einmaliger Leistung der Vertrag auch bei einer Veränderung der Umstände seine volle Geltung beibehält. Oftinger⁵ sagt denn auch wörtlich: „Einmalige Leistungen sind in der Regel zumutbar“. Persönlich bin ich jedoch der Auffassung, daß hier zu weit gegangen wird. Ein ausbeuterisches Mißverhältnis kann sich auch ergeben, wenn nur eine einmalige Leistung erbracht werden muß. Es ist hier auf die Umstände des einzelnen Falles abzustellen. Schlechthin als unanwendbar muß die Klausel bei Verträgen betrachtet werden, wo sie durch Klauseln ausgeschlossen ist, sei dies, daß gerade das eingetretene Ereignis z. B. Krieg, ausgeschlossen wird, oder daß allgemein jede Gefahr übernommen wird. Dennoch können aber Ereignisse eintreten, welche weit über das hinausgehen, was der Schuldner und auch der Gläubiger dachten, als sie die Klausel in den Vertrag aufnahmen.⁶ In solchen Fällen empfiehlt sich eine Auslegung des Vertrages bzw. des Parteiwillens. Grundsätzlich gilt ja jeder Vertrag unter allen Umständen, und dabei gewährt man doch bei offenkundiger Unbilligkeit wegen veränderter Verhältnisse ein Rücktrittsrecht. Es soll daher auch bei ausdrücklicher Uebernahme der Gefahr für den Schuldner ein Ventil offen gelassen werden. Jedenfalls ist aber in solchen Fällen für die Aufhebung oder Abänderung des Vertrages ein wesentlich strengerer Maßstab anzulegen, als dort, wo keine Klausel stipuliert wurde.⁷

B. Beschaffenheit der veränderten Umstände

Unvorhersehbar

Bei den Umständen, welche den Vertrag ändernd zu beeinflussen vermögen, handelt es sich um in der Zukunft liegende Ereignisse. Diese müssen unvorhersehbar⁸ sein. In OR Art. 373 II gestattet der Gesetzgeber den Rücktritt oder die Aenderung des Vertrages nur unter der Voraussetzung, daß die außerordentlichen Umstände nicht vorausgesehen werden konnten. Wenn der Schuldner etwas voraussieht, so soll er den Schaden tragen. Im allgemeinen ist auf die objektive Unvorhersehbarkeit

⁴ Vgl. S. 14.

⁵ a. a. O. S. 236.

⁶ z. B. Die Parteien setzen bei einem Getreidegeschäft durch die Uebernahme jeder Gefahr die Ernteaussichten voraus; nun bricht aber ein Krieg aus, welcher die Leistung um ein wesentliches verschlechtert als nur eine Mißernte.

⁷ Oftinger a. a. O. S. 233.

⁸ Oser/Schönenberger, Kommentar zum OR, 2. A. Zürich 1929, Art. 119 N. 7.

abzustellen und nicht auf die subjektive. Die subjektive Voraussehbarkeit kommt nur da in Frage, wo der Schuldner beweisenermaßen mehr wußte. An die objektive Unvorhersehbarkeit dürfen nicht zu strenge Maßstäbe gelegt werden, denn letzten Endes ist alles voraussehbar.⁹ Immerhin ist auf die Routine und die Informationsmöglichkeiten abzustellen, die in bestimmten Geschäftszweigen, namentlich beim Großhandel, vorausgesetzt werden können.¹⁰ Als unvorhersehbar gelten Kriege, Naturkatastrophen, große Epidemien usw., unter Umständen auch wirtschaftliche Krisen, aber nur, wenn sie von ganz ungewöhnlichem Ausmaße sind; dagegen nicht periodische Konjunkturschwankungen, welche als normale Erscheinungen des Wirtschaftslebens gelten.¹¹ Selbstverständlich können außerordentliche Ereignisse kein Rücktrittsrecht für Spekulationsgeschäfte oder für solche Geschäfte, die geradezu mit Rücksicht auf einen allfälligen Kriegeausbruch abgeschlossen wurden, begründen. Für Spekulationen des Schuldners kann die Rechtsordnung keine Verantwortung übernehmen.¹² Als Spekulationen gelten auch Großwarenkäufe, welche nicht für den normalen Gebrauch berechnet sind.¹³ Bei spekulativen Verträgen¹⁴ ist es mit der Voraussehbarkeit strenger zu nehmen, weil in solchen Geschäften die Möglichkeit von Rückschlägen liegt. Dennoch ist bei diesen Verträgen zu beachten, auf was spekuliert wird. Bei einer Spekulation auf eine gute Ernte ist der Eintritt eines Krieges nicht voraussehbar.

Unverschuldet

Ein weiteres Erfordernis an die vertragsverändernd einwirkenden Umstände ist, daß derjenige, der die Veränderung der Umstände für sich in Anspruch nimmt, sie nicht verschuldet. Dies folgt aus dem selbstverständlichen Rechtssatz, daß aus eigenem Verschulden keine Rechte hergeleitet werden können. Es ist möglich, daß der sich auf die cl. r. s. st. berufende Vertragsteil die Veränderung der Umstände selbst herbeiführt, z. B. zündet der Müllereibesitzer, der eine bestimmte Sorte Mehl zu liefern versprochen hat, seine Mühle an und beruft sich nachher auf veränderte Umstände. Selbst mittelbares Ver-

⁹ Bürgi a. a. O. S. 141, Weber a. a. O. S. 56.

¹⁰ Oftinger a. a. O. S. 234.

¹¹ Bürgi a. a. O. S. 141.

¹² Weber a. a. O. S. 58 ff.

¹³ BLZR 35 S. 245.

¹⁴ Weber a. a. O. S. 58 ff.

¹⁵ Vgl. 59 II 380 BGE.

schulden genügt.¹⁶ So, wenn der Schuldner sich anlässlich der Aenderung der Umstände in Verzug befindet.¹⁷ Schon der Codex Maximilianus kannte den Verzug als Ausschlußprinzip.¹⁸ Natürlich ist keine Schuld vorhanden, wenn sich der Schuldner vom Verzug exkulpieren kann. Ein Verschulden liegt auch vor, wenn der Schuldner von einem Ausfuhrverbot wußte und dennoch zu liefern verspricht.

Ueberindividuelle Natur

Meist wird stillschweigend vorausgesetzt, daß die neuen Verhältnisse überindividueller Natur sind, daß es sich also um physische, wirtschaftliche oder politische Katastrophen handelt, die alle Zeit- und Volksgenossen gleichmäßig treffen.¹⁹ Hinter dieser rechtspolitischen Forderung liegt der Gedanke, daß solche Ereignisse von beiden Vertragsparteien je zur Hälfte getragen werden müssen.²⁰ Die Gefahr solcher Ereignisse, die im Lebens- oder Geschäftsbereich nur einer Vertragspartei liegen, muß die Partei selbst tragen. Einige Beispiele mögen die Tragweite dieses Grundsatzes veranschaulichen: In der Vorstellung, seine Tochter werde demnächst heiraten, kauft ein Vater für sie eine Aussteuer. Die Verlobung zerschlägt sich. Sicher wird niemand auf den Gedanken kommen, daß der Möbeldändler die Treulosigkeit des Freiers, bezw. die Unvorsichtigkeit des Vaters, vergelten muß. Ein Bauernsohn verspricht seinem Nachbarn seine Mithilfe beim Heuet. In der Zwischenzeit stirbt der Vater des Bauernsohns. Der Nachbar hat sich auf den Bauernsohn verlassen und keine andere Hilfe gesucht. In der Saison findet er keine andere Hilfe mehr. Der Bauernsohn muß sein Versprechen halten.

Außerordentlich

Wir haben festgestellt, daß beim vertragsmäßigen Rücktritt das außerordentliche Ereignis nicht bloß eintreten, sondern auch vertragserheblich sein muß, d. h. die Parteien müssen von ihm wirklich betroffen werden. Ohne weiteres muß dies auch für den außervertraglichen Rücktritt angenommen werden.

In Art. 373 II OR, dem klassischen Artikel des OR über den Rücktritt oder die Aenderung des Vertrages bei Veränderung der Umstände, wird von außerordentlichen Umständen

¹⁶ Reichel a. a. O. S. 23.

¹⁷ Siehe S. 11.

¹⁸ Kegel a. a. O. S. 143.

¹⁹ Reichel a. a. O. S. 20.

²⁰ Kegel a. a. O. S. 111.

gesprochen. Zur Auslegung dieses Begriffs kann auf Abs. I des gleichen Artikels gegriffen werden, wo bestimmt wird, daß keine Erhöhung des Werklohnes gefordert werden darf, wenn auch mehr Arbeit geleistet oder größere Auslagen gemacht werden mußten, als vorgesehen war. Daraus geht hervor, daß dem durch die veränderten Umstände belasteten Schuldner eine gewisse Mehrbelastung zugemutet werden darf. In Art. 250 Ziff. 2 OR wird statuiert, daß ein Schenkungsversprechen widerrufen oder dessen Erfüllung verweigert werden kann, wenn sich seit dem Versprechen die Vermögensverhältnisse des Schenkers so geändert haben, daß die Schenkung ihn außerordentlich schwer belasten würde. Wenn nun aber selbst bei der Schenkung, wo der Schenker aus Gefälligkeit handelt, so strenge Anforderungen für einen Rücktritt gestellt werden, wie muß das erst bei Geschäften, bei denen der durch die Veränderung der Umstände geschädigte Vertragsteil ebenso gut Nutznießer der veränderten Umstände hätte werden können, der Fall sein.

Es ist versucht worden, die Außerordentlichkeit der veränderten Umstände näher zu konkretisieren und namentlich zahlenmäßig festzusetzen. Bald wurde eine Erhöhung der effektiven Belastung von 70%, bald von 100% verlangt. Beispielsweise verlangte der österreichische Gerichtshof eine Mehrbelastung von 100%.²¹ Im niedersten Falle hatte das Schweizerische Bundesgericht eine Verschiebung der Leistung um 52% als wesentlich erachtet.²² Einer Erhöhung der Gestehungskosten um 16% schenkte es in einem Falle keine Beachtung.²³ Diese Zahlen können jedoch nur als vage Hilfsmittel dienen. Ein absoluter zahlenmäßiger Maßstab zur Lösung des Problems kann nicht angelegt werden, denn es kommt auf alle Umstände des Falles an.

Sie müssen ein Mißverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung bewirken

In der Theorie wie in der Praxis wird verlangt, daß durch die Veränderung der Umstände ein Mißverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung bewirkt wird.²⁴ Es wäre ungerecht, wenn durch die Hilfe, die einem Vertragsteil gebracht wird, der andere zu Schaden käme. Dieser Gedanken liegt auch den durch das Gesetz geregelten Rücktrittsfällen zugrunde. Am deut-

²¹ Weber a. a. O. S. 50 ff.

²² BGE 48 II 252.

²³ BGE 7 II 458.

²⁴ Im «Seedammstreit» war dieses Mißverhältnis nicht vorhanden.

lichsten tritt dies in OR Art. 69 (Miete) und 291 (Pacht) zu Tage. Dem Mieter und Pächter wird wegen wichtiger Gründe der Rücktritt vom Verträge nur gestattet, wenn voller Ersatz für den Schaden angeboten wird.

Die Voraussetzung, daß zwischen Leistung und Gegenleistung der Parteien ein Mißverhältnis vorliegen muß, geht auf die Erwägung zurück, daß zwischen Leistung und Gegenleistung beim Vertragsschluß ein gewisses festes Verhältnis, ein Gleichgewicht besteht. Dieses Verhältnis betrachten die Parteien von ihrem Standpunkt aus als ein angemessenes, als ein Verhältnis der Gleichwertigkeit. Durch die Veränderung der Umstände kann sich dieses Verhältnis zu Ungunsten der einen oder andern Partei verschieben, wodurch aus dem ursprünglichen Gleichverhältnis ein auffälliges Mißverhältnis wird. Dadurch wird unter Umständen eine Partei sehr stark belastet, die Gegenpartei hingegen unverhältnismäßig entlastet, ja begünstigt, sodaß der Vertrag sich gänzlich verändert, weil der Schuldner wirtschaftlich gesehen eine ganz andere Leistung zu erbringen hat.²⁵

Sie müssen zu einer Ausbeutung der Zwangslage des Schuldners führen

Nach der früheren bundesgerichtlichen Rechtsprechung wurde ein Rücktritt vom Verträge nur gewährt, wenn ein Festhalten am Wortlaute des Vertrages den wirtschaftlichen Ruin des Schuldners voraussehen ließ. Ueber die Unbestimmtheit und Ungerechtigkeit des Ruinbegriffes wurde bereits auf S. 19 Näheres ausgeführt. Wie schon im vorhergehenden Abschnitt bemerkt, ist der Gerechtigkeit wenig geholfen, wenn man den Ruin, welcher den einen Vertragsteil trifft, den andern Vertragsteil auch mittragen läßt, oder sogar auf ihn verschiebt. Das Verhältnis ist vom Standpunkte beider Parteien aus zu prüfen.²⁶ Es genügt nicht, daß das Mißverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung ein für den Betroffenen untragbares ist. Es ist weiter erforderlich, daß bei solcher Sachlage auch der Gegner loyalerweise in die Vertragsaufhebung einwilligen muß.²⁷ Der richterliche Eingriff muß dem Gläubiger zumutbar sein.²⁸ Zur Lösung des Problems lehnt sich die neue Praxis an den Wucherbegriff an. Es wird verlangt, daß ein

²⁵ Vgl. Oftinger a. a. O. S. 235; BGE 44 II 527; 47 II 317, 399; 48 II 252; 59 II 304.

²⁶ BGE 45 II 355; 47 II 401.

²⁷ Reichel a. a. O. S. 19.

²⁸ Oftinger a. a. O. S. 236.

Beharren auf dem Vertrage geradezu eine Ausbeutung der Zwangslage des Schuldners darstellen würde.²⁹ „Zur Uebervorteilung gehört zweierlei; nämlich einerseits ein unverhältnismäßiger Nachteil (Entgüterung) des Betroffenen, der seine Leistung wider Willen verschleudern muß (sei es, weil sie selbst wesentlich erschwert oder verteuert, sei es, weil die Gegenleistung wesentlich entwertet ist); anderseits aber ein unverhältnismäßiger Vorteil (Bereicherung) des Vertragsgegners, der (aus gleichen Gründe) die Leistung wider die Vertragsabsicht halbwegs geschenkt erhält. Ist nur das erste, nicht auch das zweite Erfordernis erfüllt, so entfällt der Rücktritt.“³⁰ So sieht Reichel das Problem. Bei der Uebernahme der Voraussetzung des ausbeuterischen Mißverhältnisses hat das Bundesgericht in der Hauptsache auf Reichel abgestellt.

C. Beachtung aller Umstände des einzelnen Falles

Bei der Gestattung des Rücktritts, insbesondere aber bei der Abänderung des Vertrages, hat der Richter alle Umstände des Falles in Erwägung zu ziehen, die mit dem Vertragsverhältnis zusammenhängen, so zum Beispiel die übrigen vom Schuldner im Zusammenhang mit dem streitigen Geschäft abgeschlossenen Verträge oder die früher aus dem Verträge gezogenen Vor- und Nachteile. Interessant ist diesbezüglich ein Fall, welchen das deutsche Reichsgericht entschied.¹ Ein Reeder hatte sich vor dem ersten Weltkrieg langfristig verpflichtet, Schwefelkies aus Spanien zu transportieren. Zufolge einer Kriegsklausel wurde der Transport bis nach Kriegsende aufgeschoben. Inzwischen waren die Frachtsätze erheblich gestiegen. Trotzdem bleibt der Reeder nach Ansicht des Reichsgerichtes zu den Vorkriegssätzen verpflichtet, wenn er durch Einnahmen von Frachten auf den Hinreisen nach Spanien Gewinne erzielen kann, die seinen Schaden auf den Rückreisen, bei denen er vertragsmäßig den Schwefelkies fahren muß, ganz oder überwiegend wieder aufheben. Kegel² meint dazu, daß an sich zwar die Frachten auf den Hinreisen in keinem Zusammenhang mit der Vertragserfüllung stehen, da sie eine besondere gewerbliche Tätigkeit, den Abschluß und die Durchführung neuer Frachtverträge voraussetzen. Wegen der besonderen Verhältnisse im Seeverkehr aber — auch die Hinreise wird mit Nutzlast ge-

²⁹ Oftinger a. a. O. S. 236.

³⁰ Reichel a. a. O. S. 21.

¹ RGZ 99, 115.

² a. a. O. S. 116.

macht, und der Reeder bemißt den wirtschaftlichen Erfolg nach dem Ergebnis beider Reisen - müssen sie nach Treu und Glauben gleichwohl berücksichtigt werden, nur muß der Gläubiger den angeblichen Vorteil des Reeders darlegen und beweisen. Wenn der Reeder dagegen nicht zur Erfüllung, sondern nur zur Erleichterung und Sicherung der Transportleistung zwei neue Dampfer gebaut hat, deren Wert inzwischen erheblich gestiegen ist (der Dampferbau war allerdings im Vertrag vorgesehen), so ist diese Wertsteigerung bei der Frage, ob dem Reeder der Transport zu den alten Frachtsätzen noch zuzumuten ist, nicht zu beachten, ganz abgesehen von dem Zweifel, ob dieser Mehrwert überhaupt vor einer Veräußerung der Dampfer beachtet werden könnte. Persönlich bin ich gegen- teiliger Ansicht. Die Frachten auf der Hinreise sollten nicht beachtet werden, dagegen die Anschaffung bzw. Werterhöhung der beiden Dampfer. Mit Frachten auf der Hinreise, wenn auch nur mit der Möglichkeit von solchen, dürfte der Reeder von allem Anfang an gerechnet haben. Wären nämlich die Frachtaufträge auf der Hinreise ausgeblieben, so hätte der Reeder nichts als Verluste, wenn er zu den alten Frachtsätzen transportieren müßte. Der Gläubiger dagegen würde unberechtigte Gewinne erzielen, denn bei einem andern Reeder müßte er nun für die Transporte viel mehr bezahlen. Die Anschaffung neuer Schiffe hingegen steht in einem direkten Zusammenhang mit dem Vertrag über den Transport von Schwefelkies. Ihre Wertsteigerung beruht überdies auf dem gleichen Ereignis, durch welches die Frachtsätze eine Erhöhung erfahren haben.

Die deutsche Vertragshilfeverordnung vom 30. 11. 1939 bestimmt in § 1 Abs. 2: „Der Richter hat, wenn er eine in den § 2—5 bezeichneten Maßnahmen (Regelung der Fälligkeit, Abwicklung gegenseitiger Verträge, Herabsetzung der Miete und Pacht, Auflösung der Miet- und Pachtverträge) treffen will, stets die gesamten Erwerbs- und Vermögensverhältnisse des Gewerbetreibenden zu berücksichtigen.“ Diese Bestimmung scheint mir für das schweizerische Recht nur beschränkt anwendbar zu sein. Eine strikte Anwendung solcher Grundsätze würde zu einer Klassenjustiz führen, welche für die begüterte Klasse eine starke Belastung darstellen würde. Die Bestimmung ist ein Bestandteil der Ruintheorie, von welcher sich das Schweizerische Bundesgericht distanziert hat.

Zu beachten ist auch, daß kein gesetzliches Vertragsaufhebungs oder Abänderungsverbot vorhanden ist. Es ist möglich, daß der Staat bzw. die Allgemeinheit ein großes Interesse

daran hat, daß trotz schwerer wirtschaftlicher Katastrophen gewisse Verträge stabil bleiben. So kann ein Interesse daran bestehen, daß trotz einer Abwertung keine Preiserhöhungen erfolgen (England 1949). Zu erwähnen ist diesbezüglich auch die Verfügung des Eidg. Volkswirtschaftsdepartementes betreffend die Kosten der Lebenshaltung und den Schutz der regulären Marktversorgung vom 2. 9. 1939, welche u. a. Preiserhöhungen verbietet.

§ 11. Die Wirkungen der veränderten Umstände

In den vorstehenden Darstellungen haben wir die Voraussetzungen kennen gelernt, welche einen Eingriff in den Vertrag rechtfertigen. Es stellt sich nun die Frage, wie dieser Eingriff beschaffen sein soll. In Anlehnung an OR Art. 373 II lassen sich zwei Möglichkeiten denken: Aufhebung und Abänderung des Vertrages.

A. Die Auflösung des Vertrages

Die nächste Lösung der Schwierigkeiten, die durch die veränderten Umstände hervorgerufen wurden, liegt in der Aufhebung des Vertrages:

1. Der Schuldner erklärt seinen Rücktritt (auch die einfache Verweigerung der Leistung ist möglich), bei Dauerschuldverhältnissen kündigt er den Vertrag. Dies ist die einfachste und praktischste Lösung. Man soll den Richter nicht ungebührlich in Anspruch nehmen, wenn auch ohne ihn eine Lösung auf freiwilliger Basis möglich ist. Auf die erfolgte Rücktrittserklärung bzw. Kündigung hin findet sich der Gläubiger entweder mit dieser ab, oder dann steht ihm die Möglichkeit offen, an den Richter zu gelangen und auf Grund von Art. 107 ff. OR Schadenersatz zu verlangen. Die Auffassung, daß der Schuldner ohne vorherige Anrufung des Richters zum Rücktritt befugt ist, ergibt sich auch aus der Rechtsprechung zu Art. 373 II OR, wo dem Unternehmer diese Befugnis entgegen dem Wortlaute dieses Artikels eingeräumt wurde.¹
2. Der Schuldner erklärt seinen Rücktritt bzw. Kündigung und kommt der Leistungsklage des Gläubigers durch eine Feststellungsklage, mittels der er die Anerkennung der Richtigkeit seines Standpunktes verlangt, zuvor.²

¹ Vgl. BGE 48 II 125.

² Otfinger a. a. O. S. 247, dazu BGE 59 II 373.

3. Der Schuldner kann beim Richter auch auf Aufhebung des Vertrages klagen. Der Richter hebt dann den Vertrag durch ein Gestaltungsurteil auf.

Vielfach wird postuliert,³ daß der Schuldner den Rücktritt bezw. die Kündigung rechtzeitig erklären muß. Es kommt hier auf Treu und Glauben an. Der Schuldner darf hier so wenig wie bei der vertraglichen Vereinbarung eines Rücktritts auf dem Rücken des Gläubigers spekulieren. Jedoch ist auch hier dem Schuldner eine gewisse Zeit zur Ueberlegung und Beobachtung der Entwicklung zu belassen, zumal wenn der Gläubiger kein berechtigtes Interesse an einer sofortigen Mitteilung hat.

Neben der Vertragsaufhebung liegt dem Richter unter Umständen noch die Zusprechung eines Schadenersatzes an den Gläubiger ob. Ob und in welchem Umfange ein Schadenersatz zuzusprechen ist, hängt von allen Umständen des Falles ab. Der Schadenersatz hat in diesem Falle nicht die Bedeutung einer absoluten Schadloshaltung der Gegenpartei. Wäre dies der Fall, so hätte die Aufhebung des Vertrages für den Schuldner ihren Sinn verloren. Vielmehr dient der Schadenersatz dem berechtigten Ausgleich der beiderseitigen Interessen.⁴ Es empfiehlt sich, bei der Ermittlung des Schadens den Schaden des Schuldners festzustellen, welchen er bei Aufrechterhaltung des Vertrages erleiden würde. Sodann ist der Schaden des Gläubigers zu errechnen, welcher dieser erleiden würde, wenn der Vertrag dahinfallen würde. Sodann stellt die Hälfte des Schadens, welchen der so oder so mehr geschädigte Vertrags- teil erduldet, den Schaden dar, welcher dem anderen Vertrags- teil zum Ersatze zu überbinden ist.

B. Die Abänderung des Vertrages

Die Gerichte, sowohl das Schweizerische Bundesgericht, wie auch das deutsche Reichsgericht, sträubten sich lange, ändernd in die Verträge einzugreifen. Auch heute noch werden Stimmen laut, welche ein solches „Hineinpfuschen“ des Richters in fest geschlossene Verträge als einen Unfug betrachten. Sint ut sunt, aut ne sint, alles oder nichts, ist ihr Grundsatz.⁵ Die vornehmste Aufgabe des Richters besteht aber gerade darin, in seiner Rechtsprechung den unabweislichen Bedürfnissen des Lebens gerecht zu werden und sich in dieser Beziehung von

³ Oftinger a. a. O. S. 248.

⁴ Kegel a. a. O. S. 159 ff.

⁵ Reichel a. a. O. S. 26.

den Erfahrungen des Lebens leiten zu lassen. Das Eingreifen des Richters in bestehende Verträge ist ein unbedingtes Erfordernis, wenn nicht ein Treu und Glauben hohnsprechender Zustand geschaffen werden soll. Wenn sich die Aufhebung eines ganzen Rechtsverhältnisses rechtfertigt, so erscheint es umso mehr zulässig, in einem nach dem übereinstimmenden Willen beider Parteien fortbestehenden Rechtsverhältnisse einzelne Vertragsbestimmungen zu ändern, wenn Treu und Glauben oder die Billigkeit ein solches zu Gebote machen.⁶ Man muß dem Richter auch die Fähigkeit zusprechen, ändernd in Verträge eingreifen zu können, denn diese Aufgabe ist nicht schwieriger als diejenige der Auslegung und Ergänzung unvollständiger, komplizierter Verträge.⁷

An das Postulat, der Richter solle Verträge abändern können, werden folgende Vorbehalte geknüpft:

1. Es muß sich um einen Vertrag handeln, welche beide Parteien fortsetzen wollen.⁸ Diese Voraussetzung hat in neuerer Zeit eine Abschwächung erfahren.⁹ Das deutsche Reichsgericht legt auf diese Voraussetzung überhaupt kein Gewicht mehr.¹⁰
2. Eine Anpassung des Vertrages sollte nur mit äußerster Zurückhaltung vorgenommen werden. Sie sollte nur da gewährt werden, wo sie eine bessere Lösung bietet, bezw. einen kleineren Schaden verursacht als die Aufhebung des ganzen Vertrages.
3. Durch die Anpassung muß ein Ausgleich der beiderseitigen Interessen angestrebt werden. Es kann nicht allein zugunsten desjenigen, der durch die neuen Verhältnisse bei Fortdauer des Vertrages leiden würde oder gelitten hat, eine Aenderung erfolgen, sondern es müssen ebenso die Interessen des anderen Teils berücksichtigt werden, der künftig mehr oder anderes leisten soll. Es darf ihm nicht der ganze Nachteil aufgebürdet werden, so daß nunmehr der Zustand für ihn nicht mehr erträglich wäre und der Billigkeit und Gerechtigkeit widersprechen würde. Es muß vielmehr, wie wir dies schon im vorhergehenden Paragraphen dargelegt haben, der erwachsene Schaden angemessen zwischen beiden geteilt werden. Diesen Ausgleich richtig zu finden, ist Sache der Erfahrung

⁶ Vgl. RGZ 100, 129.

⁷ Oftinger a. a. O. S. 248.

⁸ BGE 47 II 319; 48 II 252.

⁹ BGE 59 II 376.

¹⁰ Kegel a. a. O. S. 126.

des Richters und seiner verständnisvollen Beurteilung der beiderseitigen Verhältnisse. Die Praxis des Schweizerischen Bundesgerichtes stellt bei der Vertragsanpassung auf den mutmaßlichen Parteiwillen ab.¹¹ Oftinger¹² kritisiert diese Praxis, indem er ausführt: „Das ist dogmatisch ebenso unrichtig, wie wenn man zur Begründung eines richterlichen Eingriffs auf einen vermeintlichen — in der Wirklichkeit fehlenden — Parteiwillen zurückgehen will, was nur auf eine Fiktion hinauskommt. Der Richter muß vielmehr den Vertrag nach den Erfordernissen der Billigkeit unter Anwendung des Prinzipes von Treu und Glauben anpassen, also nach objektiven Kriterien, während das Operieren mit dem Parteiwillen, falls es überhaupt möglich wäre, auf ein subjektives Kriterium abstellen würde.“

Als Anpassungsmaßnahmen kommen in Betracht:

1. Erfüllungserleichterungen (Aufschiebung der Fälligkeit, andere Wahl des Erfüllungsortes, Gestattung von Teilleistungen).
2. Steigerung oder Herabsetzung der fraglichen Leistung (z. B. Erhöhung oder Herabsetzung der Miete).
3. Aufhebung von Rechtsnachteilen (Aufhebung der Zahlung von Verzugszinsen).

II. Teil

Die Clausula rebus sic stantibus im öffentlichen Recht

§ 1. Ueberleitung

Im ersten Teil der Abhandlung wurde die Lehre von der Clausula rebus sic stantibus im Privatrechte, in dem sie ursprünglich entwickelt wurde, dargestellt. Dies hängt damit zusammen, daß der Vertrag im Privatrechte heimatberechtigt ist. Der Vertrag ist im Privatrecht das Institut, durch welches die meisten Lebensverhältnisse geregelt werden. Wo private Lebensverhältnisse ineinander übergreifen, nehmen ihre Träger Zuflucht zu einer beide Parteien befriedigenden Lösung. Bei

¹¹ BGE 46 II 435; 47 II 318; 59 II 376.

¹² a. a. O. S. 249.

den sich im allgemeinen stets widerstrebenden Lebensinteressen liegt diese meist im beidseitigen Entgegenkommen. Dieses wird im Vertrag festgehalten. „Nach der von Savigny zuerst formulierten, von Windscheid weiter ausgebauten Definition ist der Vertrag das zweiseitige Rechtsgeschäft des Privatrechts, die Vereinigung zweier oder mehrerer übereinstimmenden Willenserklärungen, die mit Beziehung aufeinander abgegeben und auf die Hervorbringung einer rechtlichen Wirkung gerichtet sind.“¹ Diese Definition des Vertrages wird noch heute von der herrschenden Lehre als die richtige angesehen. Als notwendige Institution im Streite der gegenseitigen Interessen hat der Vertrag im Privatrecht denn auch während Jahrhunderten durch Praxis und Wissenschaft eine gründliche, in alle Einzelheiten gehende Bearbeitung erfahren. Damit wurde auch die cl. r. s. st. als außerordentlicher Auflösungsgrund des Vertrages auf dem Boden des Privatrechts immer wieder geprüft und verbessert. Besonders in den letzten Jahrhunderten hat sich die Wissenschaft ihrer, wie aus dem ersten Teil dieser Abhandlung hervorgeht, mit besonderem Interesse angenommen. Ist nun die Funktion des Vertrages auf das Privatrecht beschränkt, hat er hier seine alleinige Existenzberechtigung? Nein. Mit zwingender Notwendigkeit ergibt sich, daß überall, wo Menschen vorhanden sind, treten diese nun einzeln als Privatpersonen oder zusammengeschlossen in staatlichen Verbänden auf, sie ihre Probleme mit Verträgen lösen müssen, wenn sie deren Lösung nicht durch Gewalt erzwingen können oder gerechtdenkenderweise nicht erzwingen wollen. Es gibt keine allesumfassende Macht, keinen das ganze Weltall beherrschenden Staat, und dies wird immer so sein, denn wo eine Macht ist, setzt sich ihr auch sogleich eine Gegenmacht entgegen. Es gibt verschiedene Staaten. Und diese Staaten schließen nun zur Befriedigung ihrer gemeinsamen Interessen Verträge ab, sei es, daß sie einander Frieden versprechen oder Beistand im Falle eines Krieges, sei es, daß sie über ihre Grenzen Abkommen treffen oder gemeinsame Regeln für die Rechtsprechung aufstellen usw. So ist die Existenz des Vertrages — und es handelt sich hier um einen öffentlich-rechtlichen Vertrag, weil öffentlich-rechtliche Interessen im Spiele stehen — vorerst im Völkerrecht zu bejahen. Der Vertrag ist durch das völkerrechtliche Gewohnheitsrecht anerkannt.² Aber auch im innerstaatli-

¹ Apelt a. a. O. S. 16.

² Guggenheim a. a. O. S. 55.

chen Recht werden gewisse Materien durch Verträge geordnet. Was das schweizerische Gebiet anbelangt, ist der heutige Bundesstaat aus verschiedenen kleinen Einzelstaaten, den Kantonen, entstanden. Der Gedanke, einmal ein selbständiger Staat gewesen zu sein, ist in den Kantonen immer noch wach. Immer noch herrscht in ihnen ein starker Wille zur Eigenstaatlichkeit. Dem entspricht auch die Bundesverfassung, und den Kantonen als quasi völkerrechtlichen Subjekten ist es innerhalb gewisser Grenzen erlaubt, miteinander Verträge abzuschließen.³ Wie die Erfahrung zeigt, werden auch zwischen kleineren staatlichen Verbänden, den Gemeinden, Verträge abgeschlossen; ja es hat sich die Uebung entwickelt, daß unter gewissen Umständen selbst der Staat mit seinen Bürgern Verträge abschließt.

Es ist nun zu untersuchen, welche Eigenschaften diese Verträge auszeichnen, ja, ob es sich überhaupt um Verträge im juristischen Sinne handelt. Dabei ist vorerst auf die staatliche Verwaltungstätigkeit im allgemeinen einzutreten. Erst wenn über diese Punkte Klarheit herrscht, kann festgestellt werden, ob die auf privatrechtlicher Basis entwickelte cl. r. s. st. auch im öffentlichen Recht anwendbar ist und welchen Besonderheiten sie hier unterliegt, mit andern Worten, bevor von der cl. r. s. st. im öffentlichen Recht die Rede sein kann, muß festgestellt werden, ob es im öffentlichen Recht überhaupt Verträge gibt, da ja die cl. r. s. st. vorwiegend im Vertragsrecht Anwendung findet.

§ 2. Die Tätigkeitsformen der Verwaltung

Verwalten heißt lenken, regieren, einen Willen betätigen.¹ Im öffentlichen Recht versteht man unter Verwaltung eine bestimmt geartete Tätigkeit des Staates oder eines sonstigen Trägers der öffentlichen Gewalt.² Es ist die Tätigkeit des Staates zur Erfüllung seiner Zwecke. Dieser Begriff ist jedoch zu umfassend. In der Erfüllung seiner Zwecke erläßt der Staat auch Gesetze und spricht er Recht. Die herrschende Lehre versteht heute unter Verwaltung unter Einfluß des Prinzips der Trennung der Gewalten nur jene Tätigkeit des Staates, die nicht Rechtsetzung und Rechtsprechung ist.³

³ BV Art. 7.

¹ Fleiner a. a. O. S. 3.

² Ganz allgemein versteht man unter Verwaltung die Besorgung von Geschäften; im privatrechtlichen Sinne gebraucht, meint man mit Verwaltung meist die Besorgung fremder Geschäfte.

³ Fleiner a. a. O. S. 3 ff.; Forsthoff a. a. O. S. 2, Ruck a. a. O. S. 14.

In welcher Form tritt nun diese staatliche Tätigkeit zutage? Einmal unternimmt die Verwaltung als Trägerin der staatlichen Tätigkeit eine Menge von Akten tatsächlicher Natur. So sind tatsächliche Akte der Verwaltung das Wirken des im Dienste des Staates stehenden Lehrers, Arztes, Technikers, Staatsmanns.⁴ Daneben schließen die Verwaltungsbehörden privatrechtliche Geschäfte ab, sie treten wie Privatleute ohne obrigkeitliche Gewalt auf, kaufen und verkaufen, schließen Dienst- und Werkverträge etc. ab.⁵ Meist tritt aber die Verwaltung hoheitlich, herrschaftlich, mit Befehls- und Zwangsgewalt ausgerüstet auf. Sie verordnet und verfügt, befiehlt und zwingt. Dieses einseitig hoheitliche Handeln der Verwaltung, welches sie charakterisiert, nennt man nach der herrschenden Lehre Verwaltungsakt.⁶

Die vorzüglichsten Mittel (Verwaltungsakt), deren sich die Verwaltung zur Erfüllung ihrer Zwecke bedient, sind die Verfügung und die Verordnung. Es sind die eigentlichen Mittel, welche es der Verwaltung ermöglichen, ihre Aufgaben zu erfüllen. Bedingt durch ihre Einseitigkeit und der ihnen innewohnenden Kraft (Befehl und Zwang) sichern sie die rasche und zweckmäßige Erfüllung der staatlichen Aufgaben.

Die Verordnung ist abstrakt, nicht auf bestimmte Menschen oder Fälle ausgerichtet, sie gilt für alle Menschen und Fälle, welche den in ihr geregelten Tatbeständen entsprechen. Die Verordnung enthält Verwaltungsvorschriften oder Rechtssätze, je nach dem sie für die Verwaltungsorgane oder für die Bürger gilt. Durch die Verordnung werden sowohl die Verwaltung wie ihre Adressaten verpflichtet.⁷

Die Verfügung ist konkret, sie gilt nur für bestimmte Menschen und Tatbestände oder für alle einen bestimmten Tatbestand erfüllenden Menschen.⁸ „Der Verfügung kommt entweder die Aufgabe zu, die allgemeinen Untertanenpflichten gegenüber Ungehorsamen zur Geltung zu bringen oder aber die Aufgabe, die gesetzlichen Anordnungen, zu deren Vollziehung von zu

⁴ Forsthoff a. a. O. S. 155; Ruck a. a. O. S. 59.

⁵ Forsthoff a. a. O. S. 154; Ruck a. a. O. S. 59.

⁶ Siehe Fleiner a. a. O. S. 183. Nach Fleiner umfaßt der Verwaltungsakt alle tatsächlichen Handlungen der Verwaltung wie die Handlungen juristischer (privatrechtlicher- und öffentlichrechtlicher) Natur. Den mit hoheitlicher Gewalt vorgenommenen Verwaltungsakt nennt er «Verwaltungsakt im engeren Sinne».

Kormann a. a. O. S. 13 versteht unter Verwaltungsakt jede Verrichtung der staatlichen Verwaltung.

⁷ Vgl. Ruck a. a. O. S. 60.

⁸ Vgl. Ruck a. a. O. S. 60.

Haus aus eine Mitwirkung der Behörde erforderlich ist, in bestimmte, individuell abgegrenzte öffentliche Pflichten oder Ansprüche der Bürger gegen Staat und Gemeinde auszuprägen. Nach ihrer Zweckbestimmung sind daher die Verfügungen zu unterscheiden in Vollziehungsverfügungen und Gestaltungsverfügungen".⁹ Während die rechtsbestimmenden Verfügungen gemäß Gesetzen, Verordnungen etc. Rechtslagen bestimmen (durch Beurkundungen und Entscheidungen), greifen die rechtsgestaltenden Verfügungen durch Begründung, Aenderung und Aufhebung von Rechtszuständen und von subjektiven Rechten in die Rechtslage ein.¹⁰ Diese Verfügungen schaffen Rechtsverhältnisse, und sie werden daher entsprechend den Privatrechtsgeschäften öffentliche Rechtsgeschäfte genannt.

§ 3. Öffentliches Recht und privates Recht

Der Begriff „Öffentlich-rechtlicher Vertrag“ zwingt uns, uns darüber Klarheit zu verschaffen, was öffentliches Recht und was privates Recht ist, bzw. nach den Kriterien zu suchen, nach welchen diese beiden Rechtsgebiete sich voneinander unterscheiden.

Entgegen der Entwicklung im römischen Recht kannte das mittelalterliche deutsche Recht keine Trennung zwischen privatem und öffentlichem Recht.¹ Im angelsächsischen Recht ist die Trennung zwischen diesen beiden Rechtsgebieten infolge der mangelnden Rezeption heute noch nicht durchgeführt. Die heute übliche Auffassung teilt den Gesamtstoff des Rechts in zwei Bereiche, von denen einer dem öffentlichen, der andere dem privaten Rechte entspricht.^{2/3} Das positive Recht sagt uns jedoch nicht, was öffentliches und was privates Recht ist. Die Unterscheidung ist auch nicht im Wesen des Rechtes begründet. Das Bundesgericht führt denn auch in einem Entscheide⁴ aus, daß die Grenze zwischen zivilem und öffentlichem Recht nicht von vornherein gegeben und begrifflich unabänderbar

⁹ Fleiner a. a. O. S. 185/186

¹⁰ Ruck a. a. O. S. 61.

¹ Fleiner a. a. O. S. 29.

² In Frankreich lebt der Staat grundsätzlich nach öffentlichem Recht. Dies ist zurückzuführen auf die Trennung der Gewalten. Die Einmischung der ordentlichen Justiz in die Verwaltung wurde beseitigt und eigene Verwaltungsgerichte geschaffen. Von der Unzuständigkeit der Zivilgerichte in Verwaltungssachen schloß man auf die Unanwendbarkeit des Zivilrechts (Fleiner a. a. O. S. 36).

³ Der Gegensatz zwischen öffentlichem und privatem Recht ist in der Hauptsache ein solcher zwischen Verwaltungs- und Zivilrecht (Nawiasky a. a. O. S. 256 f.).

⁴ BGE 37 I 528.

sei, sondern der Staat selbst bestimme die Grenze. Zur Unterscheidung der beiden Rechtsbereiche hat die Rechtswissenschaft eine Menge von Theorien entwickelt. Es liegt nicht in der Aufgabe dieser Schrift, alle zu erwähnen;⁵ es sollen nur die wichtigsten unter ihnen erörtert werden.

Zunächst darf der Unterschied zwischen den beiden Rechtsgebieten nicht rein formal davon abhängig gemacht werden, ob ein streitiges Rechtsverhältnis vor die ordentlichen Gerichte gehört oder ob das Verwaltungsverfahren einzuschlagen ist. Dieser Rückschluß von der Art des Verfahrens auf die Natur der im Verfahren behandelten Gegenstände stellt nichts anderes als die Umkehrung einer allgemein gebräuchlichen Kompetenzregel dar, wonach private Rechtssachen auf den Zivilrechtsweg, öffentliche auf den Verwaltungsweg gehören.⁶ Wenn es eine Abgrenzung zwischen öffentlichem und privatem Recht überhaupt gibt, so muß sie allgemein gültig sein und kann nicht von der gerichtlichen Zuständigkeit abhängig sein.⁷

Interessentheorie⁸

Ohne der Unterscheidung einen fundamentalen Charakter beizulegen, betrachteten die Römer als öffentliches Recht das, was sich auf die Organisation der öffentlichen Angelegenheiten bezog und als *privates*, das was die Interessen der Einzelnen betraf. So formulierte Ulpian: „*Publicum jus est, quod ad statum rei romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem.*“⁹ Die Interessentheorie stellt auf den Inhalt der Rechtsnormen ab. Es erhebt sich sofort die Frage, was als öffentliches Interesse anzusehen ist. Der Raum des öffentlichen Interesses hängt weitgehend vom Vorherrschen individualistischer oder kollektivistischer Tendenzen im Staate ab. Der heutige Sozialstaat ist weit mehr am Allgemeinwohl interessiert als der Staat der Römer, der dem Einzelinteresse einen weiten Spielraum ließ. Was öffentlich von Interesse ist, wird vielfach in der Verfassung oder in Gesetzen umschrieben. Es ist weiter zu fragen, was unter öffentlichem Interesse überhaupt zu verstehen ist.

⁵ Eine Zusammenfassung der Theorien findet sich bei Hollinger, Das Kriterium des Gegensatzes zwischen privatem und öffentlichem Recht, Zürcher Diss. 1904.

⁶ Nawiaskey a. a. O. S. 244.

⁷ Burckhardt a. a. O. S. 73.

⁸ Neuerdings setzt sich insbesondere Nawiaskey für die Interessentheorie ein, vgl. insbesondere dessen Aufsatz im ZSGV 1943 S. 197 ff., Der Unterschied zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht.

⁹ I 1, § 2, D 1, 1.

Oeffentliches Interesse ist der Inbegriff der Belange, welche für die Oeffentlichkeit derart bedeutsam sind, daß der Staat ihre Befriedigung direkt verfolgen muß, d h. daß er „das Zustandekommen der einzelnen konkreten Rechtsverhältnisse nicht der privaten Willkür überläßt, sondern selbst dafür sorgt, daß unter bestimmten Voraussetzungen ein bestimmtes Rechtsverhältnis zustande kommt.“¹⁰ Es ergibt sich nun, daß, wenn der Staat einen bestimmten Erfolg im Interesse der Allgemeinheit herbei führen will, er dafür auch alle Mittel anwenden kann, welche zur Durchsetzung erforderlich sind. Es müssen von ihm für diesen Zweck selbst solche Mittel, die den Individualinteressen direkt gegenüberstehen und sie zu vernichten vermögen, angewandt werden können. Nawiasky¹¹ braucht dafür folgende Formulierung: „Sonach liegt Privatrecht vor, wenn in der Normierung des menschlichen Verhaltens in bezug auf die tatsächlich in Frage kommenden Interessen, sei es des Einzelnen, sei es der Gesamtheit, ein Wertunterschied nicht gemacht wird, öffentliches Recht, wenn den Interessen der Gesamtheit ein höherer Wert zuerkannt ist.“ Praktisch lassen sich aber die privaten und die öffentlichen Interessen nicht immer voneinander scheiden. Wenn der Staat für den Bau einer Straße einen Vertrag abschließt, so konkurrieren die öffentlichen Interessen des Staates mit den privaten Interessen des Baumeisters. Der Bau der Straße stellt für den Staat die Erfüllung einer staatlichen Aufgabe dar, ist also von öffentlichem Interesse; anderseits hat der Bauunternehmer ein sehr starkes privates Interesse, daß der Staat ihm die Erstellung der Straße überträgt.

Vermögenstheorie

Da oft im gleichen Rechtsatz heterogene Interessen verfolgt werden, wird das Interesse zur Unterscheidung von öffentlichem und privatem Recht als einziges Kriterium nicht genügen und von vielen Wissenschaftern abgelehnt. Da namentlich in den Fällen, wo aus öffentlich-rechtlichen Verhältnissen vermögensrechtliche Ansprüche Privater entspringen, Privatrecht mit öffentlichem Recht konkurriert, versuchte eine Theorie den Satz aufzustellen, daß Vermögensrecht Privatrecht sei.¹² Darnach wären die vermögensrechtlichen Ansprüche eines Staates gegen einem anderen Staat Privatrecht. Diese Theorie geht auf die

¹⁰ Jedlicka a. a. O. S. 18.

¹¹ a. a. O. S. 256.

¹² Fleiner a. a. O. S. 51.

Fiskustheorie zurück, wonach Staat und Fiskus zwei verschiedene Rechtssubjekte darstellten. Das öffentliche Vermögen gehörte dem Fiskus, welcher wie jeder Private dem Privatrecht unterstellt war. An dieser Theorie kann nicht festgehalten werden, da der Fiskus nur die vermögensrechtliche Seite des Staates darstellt.¹³ Auf Grund der Fiskustheorie wurde das öffentliche Recht stark mit zivilistischen Elementen durchsetzt.¹⁴

Verfügungstheorie

Walter Burckhardt¹⁵ setzt das öffentliche Recht mit dem zwingenden, nicht abdingbaren, von Amtes wegen anzuwendenden, das Privatrecht mit dem nicht zwingenden, abdingbaren, auf Antrag anzuwendenden Recht gleich. Gegen diese Theorie ist einzuwenden, daß es auch privatrechtliche Einrichtungen gibt, welche der Parteiwillkür entzogen sind. Ferner existieren auch öffentlich-rechtliche Verhältnisse, welche vereinbart werden können.¹⁶ Andererseits fallen die beiden Begriffe zwingend und von Amtes wegen, bzw. abdingbar und auf Antrag nicht immer zusammen, sodaß die Natur des Verhältnisses nur schwer feststellbar wäre.¹⁷ Im übrigen würde diese Theorie die Existenz öffentlich-rechtlicher Verträge schlechterdings verunmöglichen.

Mehrwerts- oder Subjektstheorie¹⁸

Diese Theorie besagt, daß privates Recht dort vorliegt, wo sich gleichgeordnete Private gegenüberstehen, öffentliches da, wo der Staat auf der einen Seite als *potentior persona* beteiligt ist. Durch diese Formulierung wird dem Umstand Rechnung getragen, daß manchmal der Staat für sich keine übergeordnete Stellung beansprucht, sondern sich selbst auf die gleiche Stufe wie die Privaten stellt, wenn er am Rechtsverkehr als Käufer oder Verkäufer, Mieter oder Vermieter teilnimmt. Die Ueberordnung des Staates tritt hervor durch den Besitz der herrschaftlichen Gewalt, in der Befähigung zu einseitigem Befehl

¹³ Jedlicka a. a. O. S. 10.

¹⁴ Auch das Schweiz. Bundesgericht faßte eine Zeitlang vermögensrechtliche Verhältnisse als privatrechtliche auf; vgl. Giacometti, Ueber die Grenzziehung zwischen Zivilrechts- und Verwaltungsrechtsinstituten a. a. O. S. 28 f.

¹⁵ a. a. O. S. 32 ff., Kommentar S. 585, 756, *Organisation der Rechtsgemeinschaft*, Zürich 1927, S. 20, *Methode und System des Rechts*, Zürich 1936, S. 170 ff., *Einführung in die Rechtswissenschaft*, Zürich 1939, S. 136 ff.

¹⁶ Nawiasky a. a. O. S. 90 ff.

¹⁷ Nawiasky a. a. O. S. 247.

¹⁸ Auch das Bundesgericht vertritt diese Theorie, vgl. BGE 48 II 85 E. 2; 47 II 469; 52 II 463; 54 II 121; 60 II 112; 62 II 301.

und Zwang. Die Mehrwerttheorie spricht den Rechtssubjekten verschiedene Qualitäten zu. Als privatrechtlich werden jene Rechtsbeziehungen angesehen, bei welchen sich gleichgeordnete, als öffentlich-rechtliche jene, wo sich über- und untergeordnete Subjekte gegenüberstehen. Während die Interessentheorie auf den Inhalt der Rechtsnormen abstellt, stützt sich diese Theorie auf die Einteilung der Rechtsverhältnisse.

Es ist wohl nicht zu leugnen, daß der Staat in der überwiegenden Mehrzahl der Fälle seinen Bürgern als *potentior persona* gegenübertritt; dennoch kann diese Theorie nicht, wie die gegenwärtige herrschende Auffassung es tut, als ein allgemeingültiges Prinzip für die Abgrenzung der beiden Rechtsgebiete anerkannt werden.¹⁹ Auch im öffentlichen Recht kommen Koordinationsverhältnisse vor.²⁰ Die Rechtsfigur des öffentlich-rechtlichen Vertrages beweist es. In einem Entscheide aus dem Jahre 1932²¹ führt denn auch das Schweiz. Bundesgericht aus: „Des rapports de droit public peuvent exister non seulement entre deux parties dont l'une (le citoyen) est subordonnée à l'autre (l'Etat ou la corporation de droit public) mais aussi entre sujets de droit coordonnés." Die unbegrenzte Annahme der Mehrwerttheorie würde die Existenz des öffentlich-rechtlichen Vertrages ausschließen. Interessanterweise sprechen sich aber dennoch nicht alle Verfechter der Mehrwerttheorie gegen den öffentlich-rechtlichen Vertrag aus. Das Schweiz. Bundesgericht, welches sich in zahlreichen Entscheiden auf die Mehrwerttheorie stützt,²² anerkennt in ebensovielen Fällen die Existenz öffentlich-rechtlicher Verträge. Eine einseitige Befürwortung nur der Mehrwerttheorie ist ebenso verfehlt wie die unbedingte Verfechtung der Interessentheorie. Das haben denn auch angesehene Verwaltungsrechtler erkannt. So auch Giacometti,²³ wenn er ausführt: „Als Grundlage hiefür (der Abgrenzung zwischen öffentlichem und privatem Recht) kommt vorab die Mehrwerttheorie in Frage. Das auf Grund dieser Theorie gewonnene Resultat bedarf m. E. der Kontrolle durch die andern praktisch noch in Frage kommenden Theorien über

¹⁹ Apelt a. a. O. S. 126; Giacometti/Fleiner a. a. O. S. 916.^a

²⁰ Forsthoff a. a. O. S. 88.

²¹ 58 II 447.

²² Vereinzelt stützt sich das Bundesgericht auch auf die Interessentheorie, besonders in früheren Entscheiden. So führt es in BGE 23 S. 1467 aus: «Die beiden Kantone stehen sich in dem Streite nicht als privatrechtliche Subjekte, sondern als Vertreter öffentlicher Interessen gegenüber...» Vgl. auch BGE 29 I 448 f.

²³ Fleiner/Giacometti a. a. O. S. 916.

die Unterscheidung zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht, so vorab durch die Interessentheorie." Erwähnt werden soll noch, daß die meisten Autoren, welche sich mit einer eingehenderen Untersuchung des öffentlich-rechtlichen Vertrages befassen, für die Interessentheorie eintreten.²⁴

Vielfach enthalten gewisse Rechtsverhältnisse privatrechtliche und öffentlich-rechtliche Elemente. Nach welchem Rechte ist zum Beispiel nun ein solcher Vertrag zu beurteilen? Nach der bundesgerichtlichen Praxis werden solche gemischte Verhältnisse je nach der überragenden Bedeutung des einen oder andern Elements dem öffentlichen oder dem zivilen Rechte zugeteilt.²⁵ Diese Regelung mag als Gerichtsstandsbestimmung sehr nützlich sein und in den meisten anderen Fällen zu einer befriedigenden Lösung beitragen, unter Umständen kann aber auch die Anwendung dieses Prinzips zu Ungerechtigkeiten führen. Diese Regel sollte darum nicht rein schematisch durchgeführt werden, sondern, wo es Not tut, sind die öffentlich-rechtlichen und besonders die privatrechtlichen Einzelbestimmungen gebührend zu beachten.

§ 4. Der Streit um den öffentlich-rechtlichen Vertrag in der Theorie

Es wurde früher dargetan, daß tatsächlich öffentlich-rechtliche Verträge vorkommen. Hingegen wurde bei der Untersuchung der Tätigkeiten der Verwaltung betont, daß die Behörden in der Mehrzahl der Fälle in Anwendung des Gesetzes hoheitlich, herrschaftlich auftreten, befehlen und zwingen. Befehl und Zwang stehen jedoch in einem schroffen Gegensatz zum Vertrag, durch welchen die Parteien in vollständiger Freiheit ihre Beziehungen regeln. Es ist daher nicht verwunderlich, daß viele Autoren zum Schlusse kommen, daß der Vertrag im öffentlichen Recht gar nicht vorkommen könne. Otto Mayer¹ argumentiert, daß infolge Fehlens der Gleichwertigkeit der Parteien Staat und Bürger die Grundlage für Verträge im Verwaltungsrecht fehle. Walter Burckhardt² ist der Auffassung, der Wille der Verwal-

²⁴ Apelt a. a. O. S. 129; Jedlicka a. a. O. S. 21; Speiser a. a. O. S. 13.

²⁵ BGE 9 S. 212; 13 S. 347; 46 I 149 E. 2; 47 II 503; 49 II 434; 50 I 75 E. 5; 67 I 294.

¹ Otto Mayer, Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts 2. A. 1914 I S. 15, 114. Ähnlicher Auffassung wie Mayer ist auch Giacometti a. a. O. S. 17. Mayers Ansicht vertreten überhaupt die meisten Verfechter der Mehrwerttheorie.

² Burckhardt a. a. O. S. 68 ff. Burckhardt lehrt, daß das, was man Vertrag nenne, nichts anderes sei als eine Art behördlicher Rechtsanwendung.

tung sei bei der Erfüllung der öffentlichen Aufgaben nicht frei. Er sei durch Gesetz und gebundenes Ermessen gebunden. Wenn der Verwaltung aber der freie Wille fehle, so werde die Annahme öffentlich-rechtlicher Verträge hinfällig, da Verträge einen freien Willen voraussetzten. Andere Meinungen gehen dahin, daß der Vertrag im öffentlichen Recht eine Gefahr für die Rechtsgleichheit der Bürger werden könne, während die Verfügung die Form der Verwirklichung der Rechtsgleichheit der Bürger vor dem Gesetz darstelle.³ Es wird sogar dem öffentlich-rechtlichen Vertrag die Verbindlichkeit überhaupt abgesprochen. Zur Willenseinigung gleichberechtigter Personen müsse, damit diese verbindlich werde, noch die Anerkennung durch die Rechtsordnung hinzukommen. Im Verwaltungsrecht fehle aber der Rechtssatz, welcher die bindende Kraft des Vertrages herbeiführe; es gelte hier der Grundsatz *pacta sunt servanda* nicht.⁴

Was den Einwand der mangelnden Gleichberechtigung anbelangt, so ist dazu zu sagen, daß sich der Staat mit bindender Wirkung für die Zukunft mit dem Vertragsschluß selbst in Koordination mit dem Partner begibt.⁵ Der Einwand der mangelnden Gleichberechtigung fällt übrigens von selbst dahin bei öffentlich-rechtlichen Verträgen, in denen sich gleichberechtigte öffentlich-rechtliche Verbände gegenüberstehen.

Gegen die Auffassung Burckhardts ist einzuwenden, daß, wie wir noch sehen werden, die Befugnis der Behörde, öffentlich-rechtliche Verträge zu schließen, meist auf einer gesetzlichen Ermächtigung beruht. In der Ermächtigung zum Abschluß des Rechtsgeschäfts liegt aber zugleich die Befugnis, das betreffende Verhältnis frei zu ordnen.⁶

In der Tat stellt der öffentlich-rechtliche Vertrag eine Gefahr für die rechtsgleiche Behandlung der Bürger dar. Diese Gefahr besteht aber nur bei allgemeiner Zulassung des öffentlich-rechtlichen Vertrages. Wie aber noch dargetan werden wird, bildet der öffentlich-rechtliche Vertrag das Mittel der Verwaltung, durch welches sie Ausnahmefällen gerecht werden kann. Statt zur Gefahr für die Rechtsgleichheit wird dadurch der Vertrag zum eigentlichen Mittel der Verwaltung, welches sie davor bewahrt, ungleiche Verhältnisse gleich zu behandeln. Abgesehen

³ Fleiner a. a. O. S. 3.

⁴ Otto Mayer in Arch. öff. R. 3, 49 ff.

⁵ Näheres siehe § 7, S. 61.

⁶ Jedlicka a. a. O. S. 28, wo auf v. Tuhr, Allg. Teil des Schweiz. OR I S. 121 verwiesen wird. Vgl. auch v. Tuhr/Sieggart a. a. O. S. 133.

davon kann auch durch die Verfügung die Rechtsgleichheit verletzt werden.

Was endlich der Einwand der mangelnden Verbindlichkeit der öffentlich-rechtlichen Verträge anbetrifft, so trägt das heutige Rechtsbewußtsein keine Bedenken, dem Satze *pacta sunt servanda*, als einem integrierenden Bestandteil der abendländischen Rechtsidee und damit unseres gesamten Kultursystems umfassende Geltung zuzusprechen.⁷

§ 5. Begriff des öffentlich rechtlichen Vertrages

Bei der Suche nach dem Begriff des öffentlich-rechtlichen Vertrages obliegt uns die Aufgabe seiner Abgrenzung gegenüber dem privatrechtlichen Vertrag, wie auch gegenüber den Verwaltungsakten, besonders jenen, welche einen vertragsähnlichen Charakter aufweisen, wie z. B. der bedingt einseitigen Verfügung. Auf Seite 33 wurde der zivilrechtliche Vertrag entsprechend der bewährten Lehre formuliert als zweiseitiges Rechtsgeschäft des Privatrechts, die Vereinigung zweier oder mehrerer übereinstimmender Willenserklärungen, die mit Beziehung aufeinander abgegeben und auf die Hervorbringung einer rechtlichen Wirkung gerichtet sind.

Als übereinstimmende Willenserklärung von zwei oder mehreren Parteien, die auf eine rechtliche Wirkung hinzielen, ist der Vertrag eine allgemeine Kategorie; das Gebilde, welches diese Erfordernisse nicht aufweist, ist kein Vertrag. Damit ist das Kriterium zur Scheidung gegenüber andern Mitteln des Verwaltungsrechts gegeben. Der Verfügung fehlt die übereinstimmende Willenserklärung, sie wird von der Verwaltungsbehörde einseitig erlassen. Das Gleiche ist zu sagen von der Verordnung. Schwierigkeiten bildet die Abgrenzung gegenüber der bedingt einseitigen Verfügung. Es ist dies eine Verfügung, welche nur kraft der Mitwirkung der Betroffenen rechtsgültig erlassen werden kann, sei es, daß die Verwaltung am Erlasse der Verfügung kein eigenes Interesse bekundet, (z. B. die Einbürgerung und die freiwillige Ausbürgerung), sei es, daß nach dem Inhalt der Verfügung der Erlaß an Widerstrebende nicht in Betracht kommt (z. B. die Beamtenanstellung und die Beamtenentlassung auf Grund einer Rücktrittserklärung, Annahme der Wahl). Diese die Gültigkeit der Verfügung bedingende Mitwirkung der Betroffenen besteht in der Erklärung ihres Einverständnisses mit der Verfügung, die entweder durch Antrag auf

⁷ Forsthoff a. a. O. S. 211. Vgl. auch BGE 66 I 306.

Verfügungserlaß oder durch Zustimmung erfolgt.¹ In diesen Verfügungen sah man vorerst privatrechtliche Verträge,² dann öffentlich-rechtliche Verträge, und schließlich konstruierte man sie als bedingt einseitige Verfügungen. Ueber die Frage der Rechtsnatur dieser Verhältnisse ist in Literatur und Praxis viel gestritten worden, doch es würde zu weit führen, hier alle Meinungen zu Worte kommen zu lassen. Es sei nur gesagt, daß zur heutigen Konstruktion des Verhältnisses als einseitiger Verfügung vor allem die Gegner des öffentlich-rechtlichen Vertrages beigetragen haben. So werden denn in der Bekämpfung der Ansicht, daß es sich um einen öffentlich-rechtlichen Vertrag handle, welche Auffassung besonders Laband vertrat, meist die Argumente vorgebracht, welche sich gegen den öffentlich-rechtlichen Vertrag im allgemeinen richten. Immerhin geht heute die herrschende Meinung dahin, daß es sich um eine einseitige Verfügung handle. Sie unterscheidet sich vom öffentlich-rechtlichen Vertrage namentlich dadurch, daß der Staatswille bei der Entstehung des Verhältnisses den Willen des privaten Vertragspartners weit überragt. Besonders augenscheinlich tritt dies bei der Bürgerrechtserteilung zutage.³

Dem privatrechtlichen Vertrage gegenüber unterscheidet sich der öffentlich-rechtliche Vertrag dadurch, daß er nicht privatrechtliche Zwecke verfolgt, sondern „unmittelbar die Erfüllung einer Obliegenheit der öffentlichen Verwaltung betrifft.“^{4/4*} Das bloße Vorhandensein öffentlich-rechtlicher Subjekte als Vertragsparteien begründet noch keinen öffentlich-rechtlichen Vertrag, die Verwaltung kann auch privatrechtliche Verträge eingehen. Auch die Tatsache, daß es sich beim Vertragsgegenstand um eine öffentliche Sache handelt, stempelt einen Vertrag nicht zum öffentlich-rechtlichen.⁵ So sah das Bundesgericht⁶ in einem Vertrag zwischen dem Bund und einem Kanton über die Abtretung einer Zeughausliegenschaft einen privatrechtlichen Vertrag.

¹ Ruck a. a. O. S. 61.

² Wohl unter dem Einfluß des Fiskustheorie. Ueber die Entwicklung vom privatrechtlichen Vertrag zur einseitigen Verfügung vgl. insbesondere Giacometti, Ueber die Grenzziehung zwischen Zivilrechts- und Verwaltungsrechtsinstituten a. a. O.

³ Vgl. Fleiner a. a. O. S. 192 ff.

⁴ BGE 67 I 294, vgl. auch BGE 58 II 447, sowie Ruck S. 84, ZSGV 49, S. 574.

^{4*} Speiser a. a. O. S. 11 definiert den verwaltungsrechtlichen Vertrag als «die gegenseitige übereinstimmende Willensäußerung über einen Gegenstand der öff. Verwaltung, gerichtet auf öffentlich-rechtliche Wirkung».

⁵ Vgl. Speiser a. a. O. S. 10/11.

⁶ BGE 67 I 293.

§ 6. Verträge zwischen öffentlich-rechtlichen Verbänden

Als höchste Form eines öffentlich-rechtlichen Verbandes erscheint innerstaatlich gesehen der Staat. Indessen beruht das Vertragsschließungsrecht souveräner Staaten auf dem Völkerrecht, das hier nicht näher behandelt werden soll. Immerhin sei erwähnt, daß die Staaten zur Regelung ihrer Beziehungen sehr oft zum Verträge greifen, und es besteht die Tendenz, immer mehr Materien, und zwar nicht nur rechtliche, sondern auch wirtschaftliche, durch Verträge zu ordnen. Das Recht der Staaten, Verträge miteinander zu schließen, beruht auf dem völkerrechtlichen Gewohnheitsrecht.¹

An dieser Stelle soll vor allem das Vertragsschließungsrecht der innerstaatlichen öffentlich-rechtlichen Verbände näher untersucht werden. Dabei sind vorerst die Subjekte dieser Verträge näher ins Auge zu fassen. Für das schweizerische Gebiet kommen als solche Subjekte vorab die Kantone und die Gemeinden in Frage.

Die Kantone sind Glieder der schweizerischen Eidgenossenschaft, welche allein einen echten Staat darstellt. Als solche Glieder sind sie keine eigene Staaten, wohl aber innerstaatliche Herrschaftsverbände.² Nur der Bund ist umfassend souverän. Die Souveränität der Kantone, wenn man überhaupt von einer solchen sprechen kann, erstreckt sich nur soweit, als sie nicht durch die Souveränität des Bundes beschränkt wird.³ Wären die Kantone selbständige, souveräne Staaten, so stünde nichts im Wege, ausschließlich die Regeln des Völkerrechts auf ihre Verträge anzuwenden. Da sie aber selbst dem Staatsrecht des Bundes unterstehen, kann ihr Recht, Verträge zu schließen, nur dem Bundesrecht entnommen werden; subsidiär ist das Völkerrecht heranzuziehen. Was sagt nun das Bundesrecht über dieses Vertragsschließungsrecht? Die Bundesverfassung spricht von zweierlei Arten von Verträgen der Kantone. Einmal gestattet sie Verträge der Kantone unter sich, welche Gegenstände der Gesetzgebung, des Gerichtswesens und der Verwaltung betreffen.⁴ Sodann erteilt sie den Kantonen die Befugnis, über Gegenstände der Staatswirtschaft, des nachbarlichen Verkehrs und der Polizei Verträge mit dem Auslande abzuschließen.⁵

¹ Guggenheim a. a. O. S. 55.

² Giacometti, Staatsrecht der Kantone, Zürich 1941 S. 23 f.

³ BV Art. 3.

⁴ BV Art. 7 II.

⁵ BV Art. 9.

Wenden wir uns vorerst der letztgenannten Art von Verträgen zu. Auf den ersten Blick mag es scheinen, daß es sich hier um völkerrechtliche Verträge der Kantone handelt. Bei näherem Zusehen zeigt es sich jedoch, daß der Bund zu seinem Schutze für den Abschluß solcher Verträge gewisse Bedingungen aufgestellt hat. So dürfen diese Verträge nichts dem Bunde oder den Rechten anderer Kantone Zuwiderlaufendes enthalten;⁶ so dann wird weiter bestimmt,⁷ daß der amtliche Verkehr zwischen Kantonen und auswärtigen Staatsregierungen sowie ihren Stellvertretern durch die Vermittlung des Bundesrates stattfindet. Zwar können die Kantone bezüglich dieser Verträge mit den untergeordneten Behörden und Beamten eines auswärtigen Staates in unmittelbaren Verkehr treten.⁸ Der Abschluß von Verträgen fällt aber nicht unter diese Bestimmung, es handelt sich hier mehr um bloße Verständigungen über die Ausführung bestehender Verpflichtungen. Der Abschluß von Verträgen kann nur durch die Vermittlung des Bundesrates erfolgen.⁹ Durch die erforderliche Vertretung durch den Bund beim Abschluß solcher Verträge wird der Kanton zu selbständigem Handeln unfähig. Diese Beschränkung des Vertragsrechts der Kantone beruht auf dem Gedanken, die Kantone sollen nicht von sich aus Verpflichtungen gegenüber dem Auslande eingehen, die ihnen und der ganzen Schweiz Schwierigkeiten bereiten könnten, denn infolge des staatsrechtlichen Verhältnisses zwischen Bund und Kantonen ist der Bund stets mitverantwortlich für die Erfüllung der internationalen Vertragspflichten der Kantone.¹⁰ Der Vertrag eines Kantons erlangt zwar nur Wirksamkeit im Gebiete des vertragschließenden Kantons, aber er verpflichtet für dieses Gebiet die ganze Eidgenossenschaft. So ergibt sich praktisch, daß bei diesen Verträgen die Schweiz als Staat, als Völkerrechtssubjekt, Vertragspartei wird, sie allein, weder die Kantone allein, noch der Bund allein. Nur wird die Schweiz beim Vertragsschluß durch Organe des Bundes, mitunter auch der Kantone, vertreten.¹¹ Somit sind diese Verträge völkerrechtliche Verträge und interessieren als solche in dieser Abhandlung nicht weiter.

⁶ BV Art. 9.

⁷ BV Art. 10.

⁸ BV Art. 10 II.

⁹ Burckhardt Kommentar S. 96.

¹⁰ Burckhardt Kommentar S. 95.

¹¹ Burckhardt Kommentar S. 93.

Was die Verträge der Kantone unter sich anbelangt, so erscheinen diese als die eigentlichen Verträge der Kantone. Zwar dürfen auch sie nichts dem Bunde oder den Rechten anderer Kantone Zuwiderlaufendes enthalten, auch sie sind den Bundesbehörden zur Einsicht vorzulegen.¹² Dieser Einsichtnahme bzw. Genehmigung durch den Bundesrat kommt aber keine konstitutive Wirkung zu; die Verträge werden in endgültiger Weise durch die vereinbarenden Kantone abgeschlossen.¹³

Die Gemeinden sind wie die Kantone innerstaatliche Herrschaftsverbände. Als solche innerstaatliche (lies innerkantonale) Herrschaftsverbände besitzen sie gleich den Kantonen einen bestimmten Wirkungskreis. Dieser wird von der Theorie in den eigenen und den übertragenen Wirkungskreis eingeteilt.¹⁴ Der eigene Wirkungskreis wird als Gemeindeautonomie bezeichnet. Diese bedeutet die Zuständigkeit der Gemeinde zur selbständigen Erfüllung bestimmter staatlicher Funktionen an Stelle des Kantons. Das Kriterium der Gemeindeautonomie liegt im Fehlen einer Ermessenskontrolle des Kantons gegenüber der Gemeinde bei der Rechtsetzung und Verwaltung.¹⁵ Der Bestand der Gemeindeangelegenheiten, auf die sich die Gemeindeautonomie bezieht; steht nicht zum vornherein fest; er muß durch den Gesetzgeber festgesetzt werden.¹⁶ Gleich dem Vertragsrecht der Kantone innerhalb ihrer „Souveränität“ muß man auch ein Vertragsschließungsrecht der Gemeinden im Rahmen der Gemeindeautonomie annehmen.

Darüber hinaus sind aber auch Verträge im übertragenen Wirkungskreis der Gemeinde möglich. Hieher gehören namentlich die Lastenverteilungsverträge, von denen noch die Rede sein wird.

Allgemein hat die Existenz öffentlich-rechtlicher Verträge zwischen gleichgeordneten öffentlich-rechtlichen Verbänden wenig Gegner;¹⁷ zum mindesten treffen aber einige Einwände, die man gegen den öffentlich-rechtlichen Vertrag an und für sich erhebt, nicht zu. So haben die Bedenken über die begriffliche Undenkbarkeit von Verträgen zwischen nicht gleichgeordneten

¹² BV Art. 7.

¹³ Burckhardt Kommentar S. 76; Bolle a. a. O. S. 117 ff.; BGE 54 II 333 f.

¹⁴ Giacometti, Staatsrecht der Kantone S. 71.

¹⁵ Giacometti, Staatsrecht der Kantone S. 74.

¹⁶ Giacometti, Staatsrecht der Kantone S. 76.

¹⁷ Otto Mayer, Zur Lehre vom öff. rechtl. Vertrag, in Arch. öff. R. 3, S. 1 ff. Mayer spricht hier von Verwaltungsakten, die nur mit Zustimmung der Betroffenen erfolgen können.

Personen hier keinen Platz.¹⁸ In den Beziehungen zwischen selbständigen Verwaltungen liegt das eigentliche Gebiet der öffentlich-rechtlichen Verträge.¹⁹ In der Tat schließen denn auch öffentlich-rechtliche Verbände über Verwaltungsaufgaben, die ihnen durch den Staat zur gemeinsamen Besorgung ausdrücklich übertragen sind, oder über die sie kraft ihrer Selbstverwaltung frei verfügen, mit gesetzlicher Ermächtigung oder kraft Gewohnheitsrecht und unter Zustimmung der staatlichen Aufsichtsorgane sehr häufig Verträge ab.²⁰ So liegt z. B. ein öffentlich-rechtlicher Vertrag vor in einem Abkommen zwischen zwei Nachbargemeinden über den Bau einer Straße,²¹ über die gemeinsame Errichtung von Schulen,²² Strafanstalten, Elektrizitätswerken, Brücken usw.

Insbesondere bei den Verträgen zwischen den Gemeinden unterscheidet die Literatur:

Zweckverbände:²³

Darunter versteht man die Vereinigung kommunaler Körperschaften, welche die gemeinsame Besorgung einzelner Zweige der Verwaltung durch Schaffung besonderer Organe bezwecken. Die Zweckverbände haben sehr große Ähnlichkeit mit der privatrechtlichen einfachen Gesellschaft.

Eingemeindungsverträge:

Diese regeln den Zusammenschluß zweier oder mehrerer kleiner Gemeinden zu einer einzigen Gemeinde oder der Anschluß einer Gemeinde an eine größere Gemeinde. Ist der Bestand der Gemeinden durch die Kantonsverfassung garantiert, ist bei einer Eingemeindung eine Verfassungsrevision notwendig.²⁴

Lastenverteilungsverträge

Statt daß der höhere Verband eine öffentliche Last, deren Tragung auf mehrere Gemeinden entfällt, verbindlich auf die

¹⁸ Kormann a. a. O. S. 30.

¹⁹ Jedlicka a. a. O. S. 95.

²⁰ Fleiner a. a. O. S. 209.

²¹ BGE 58 II 444, 52 II 459.

²² In BGE 21 S. 22 f. wurde die Dotierung einer gemeinsamen Schule als zivilrechtlich behandelt.

²³ Apelt a. a. O. S. 7; Giacometti, Staatsrecht der Kantone S. 73; Rübel, Der kommunale Zweckverband nach zürch. Recht, Zürcher Diss. 1935; Zürcher KV Art. 47bis, Zürcher Gemeindegesetz 1926 § 7; Fleiner a. a. O. S. 102, 105, 106, Deutsches Zweckverbandsgesetz vom 7. Juni 1939, RGBl I S. 979. Loude Alfred, Des associations des communes pour l'exploitation des services publics, Diss. Lausanne 1932.

²⁴ Jedlicka a. a. O. S. 97. — Giacometti, Staatsrecht der Kantone a. a. O. S. 73.

Gemeinden verteilt, läßt er die Gemeinden über die Tragung der Last einen Vertrag schließen.²⁵

Die öffentlich-rechtlichen Verträge zwischen den Verwaltungsverbänden werden eingeteilt in solche rechtsetzender und solche rechtsgeschäftlicher Natur, oder, wie Forsthoff²⁶ sich ausdrückt, solche, welche der Verfassungssphäre, und solche, welche der Verwaltungssphäre angehören.

Rechtsetzende Verträge sind solche, in welchen die Vertragsparteien objektive Rechtsnormen aufstellen, nach denen sie bei der Besorgung ihrer Verwaltungsaufgaben ihr Verhalten einzurichten haben.²⁷ Diese Art von Verträgen kommt hauptsächlich im Völkerrecht vor, ist aber auch im Verwaltungsrecht möglich und vielfach angewandt.²⁸ Im interkantonalen Recht nennt man diese Verträge Konkordate. Vielfach sind diese Verträge Vorläufer einer Rechtsvereinheitlichung im größeren Verband. Es sind zumeist Vereinbarungen über Rechtsmaterien, welche noch nicht zentralistisch geregelt wurden.

Rechtsgeschäftliche Verträge nennt man jene öffentlich-rechtlichen Verträge, welche wechselseitige Leistungspflichten begründen.²⁹

§ 7. Verträge öffentlich-rechtlicher Verbände mit Privaten

Mannigfach sind die Fälle, wo die Verwaltung mit ihren Untertanen privatrechtliche Verträge schließt. Namentlich geht der Staat bei der Ausführung öffentlicher Bauten, wenn er nicht in Regie baut, mit den Bauunternehmern und Architekten privatrechtliche Werk- und Dienstverträge ein. Privatrecht tritt dort zutage, wo der Verwaltung im Verwaltungsrecht eine Ermächtigung zu privatrechtlichem Vorgehen gegeben ist, oder dort, wo eine obrigkeitliche verwaltungsrechtliche Gestaltung gar nicht in Betracht kommt, weil der Verwaltung für die Regelung des fraglichen Verhältnisses dem Partner gegenüber, wenigstens in normalen Zeiten, keine Befehls- und Zwangsgewalt zusteht.¹

²⁵ Vgl. auch auf S. 53 über ähnliche Vereinbarungen zwischen Privaten.

²⁶ a. a. O. S. 208.

²⁷ Fleiner a. a. O. S. 210.

²⁸ Jedlicka a. a. O. S. 117.

²⁹ Fleiner a. a. O. S. 210.

¹ Nicht so verhält es sich im französischen Recht: «Le contrat administratif proprement dit suppose essentiellement deux contractants qui se reconnaissent placés sur un pied d'égalité.» Jèze a. a. O. S. 00.

Sehr umstritten ist hingegen die Frage, ob der Staat mit seinen Bürgern öffentlich-rechtliche Verträge abschließen könne. Gegen die Annahme solcher Verträge richtet sich insbesondere der Einwand, daß Verträge nur zwischen rechtlich gleichberechtigten Personen möglich seien, der Staat aber bei der Eingehung öffentlich-rechtlicher Rechtsverhältnisse notwendigerweise hoheitlich auftrete.² Weiterhin hält man dem Abschluß öffentlich-rechtlicher Verträge zwischen der Verwaltung und den Bürgern entgegen, daß sie das Prinzip der Rechtsgleichheit verletzen, denn der Staat könne nicht einzelnen seiner Untertanen mehr entgegenkommen als den übrigen.

Bezüglich der Gleichberechtigung der Parteien führt Forsthoff³ aus: „Mit dem privatrechtlichen hat der öffentlich-rechtliche Vertrag notwendig eines gemein, die Koordination der Partner. Sie ergibt sich aus dem Wesen des Vertrages, der das Gegenteil des Befehls, nämlich eine einvernehmliche Regelung darstellt. Daraus ist jedoch nicht zu folgern, daß die Vertragspartner nach ihrem rechtlichen Range überhaupt gleich sein müßten, denn dann könnte der Staat solche Verträge überhaupt nicht abschließen, da er innerhalb seines Gebietes einen ranggleichen Partner nicht hat. Entscheidend ist vielmehr, daß sich die Partner in Ansehung des vertraglich zu regelnden Sachverhalts koordinieren. Diese Koordination liegt, mit bindender Kraft für die Zukunft, in der Tatsache des Vertragsabschlusses selbst. Damit ist zugleich eine Grenze für die Anwendbarkeit der Vertragsfigur bezeichnet. Die Koordinierung ist dort verwehrt, wo das Gesetz ein einheitliches hoheitliches Handeln vorschreibt, und weiter dort unzulässig, wo sie sich aus der Natur der staatlichen Funktionen verbietet. So sind z. B. Verträge, Abreden und bindende Zusagen über die Handhabung der gesetzgebenden Gewalt unter allen Umständen nichtig.“⁴

Diese Begründung Forstoffs scheint mir nicht ganz stichhaltig zu sein, denn es ist ja gerade streitig, ob der Staat wegen seines Mehrwertes Verträge abschließen könne, welche Gleichwertigkeit voraussetzen. Präziser erscheint, was Ruck⁵ hierzu ausführt: „Beim öffentlich-rechtlichen Vertrag tritt aber die Verwaltung... als Träger öffentlicher Gewalt und in unmittelbarer Erfüllung öffentlicher Aufgaben auf; aber kraft gesetz-

² Vgl. Forsthoff a. a. O. S. 211.

³ Forsthoff a. a. O. S. 212.

⁴ Vgl. auch BGE 41 II 314.

⁵ a. a. O. S. 85.

licher Ermächtigung sieht sie von der Betätigung der öffentlichen Gewalt ab und verzichtet auf die Geltendmachung ihrer Ueberlegenheit zugunsten einer zweckmäßigen Geschäftserledigung auf dem Boden der Gleichordnung mit Privaten." Darnach wird die Gleichberechtigung durch die gesetzliche Ermächtigung herbeigeführt. Andere Autoren gehen weiter und setzen der gesetzlichen Ermächtigung auch das Gewohnheitsrecht gleich. So Fleiner,⁶ wenn er schreibt: „Die Behörde darf zum Vertrage nur greifen in den Fällen, in denen Gesetz oder Gewohnheitsrecht die Vertragsform zugelassen und dadurch auf die einseitige Regelung verzichtet hat." Die heutige Praxis^{6*} geht noch weiter, indem sie öffentlich-rechtliche Verträge anerkennt, welche weder durch Gesetz noch durch Gewohnheitsrecht vorgeesehen sind, die aber zur Regelung eines individuellen Tatbestandes, der bei der Gesetzgebung nicht vorausgesehen werden konnte, für beide Parteien zweckmäßig sind. Interessant sind einige Ausführungen des Schweiz. Bundesgerichtes zum Problem, welche in einem Entscheide über ein Steuerabkommen gemacht wurden.^{7/7*} Zuerst wird darauf hingewiesen, daß die Normen der Steuergesetzgebung als Bestandteil des öffentlichen Rechts grundsätzlich zwingender Natur seien und demnach nicht nur Gebote an den Steuerpflichtigen, sondern zugleich auch Schranken für die Behörden hinsichtlich ihres zulässigen Handelns enthielten. Sodann wird auf die Literatur verwiesen,⁸ welche Vereinbarungen über die Steuerpflicht zwischen der Verwaltung und dem Steuerpflichtigen nur insoweit zuläßt, als sie vom Gesetz für bestimmte Fälle ausdrücklich gestattet werden. Hierauf heißt es: „Auch wenn man soweit nicht gehen und eine Ausnahme insofern als möglich anerkennen will, als es sich um eine ganz besondere Art eines Steuerpflichtigen oder sonst um einen ganz besonderen eigenartigen Einzelfall handelt, folgt daraus noch nicht die Zulässigkeit auch einer Bindung, diese vertragliche Sonderbehandlung selbst unter einer künftigen neuen Steuergesetzgebung fort dauern zu lassen. Denn der Grund, aus

⁶ a. a. O. S. 211.

^{6*} Vgl. Apelt a. a. O. S. 49; Speiser a. a. O. S. 28/29; Blumenstein E., *System des Steuerrechts*, Zürich 1945 S.

⁷ BGE 57 I 358 ff.

^{7*} In BGE 41 II 314 war das Bundesgericht noch der Auffassung, daß das Gesetz eine ausdrückliche Ermächtigung zum Abschluß verwaltungsrechtlicher Verträge zwischen Verwaltung und Bürger enthalten müsse.

⁸ Blumenstein E., *Schweizerisches Steuerrecht I*, Tübingen 1926 S. 57 ff.; Fleiner a. a. O. S. 202 (6./7. Auflage); Otto Mayer, *Verwaltungsrecht* 3. a. I. 336; *Monatschrift für bernisches Verwaltungsrecht* 11 Nr. 6; *Bbl.* 1872 III 29.

dem unter solchen Voraussetzungen vielleicht eine dem Gesetz nicht entsprechende Regelung der Steuerpflicht durch Vertrag trotz des grundsätzlich zwingenden Charakters der steuerrechtlichen Normen ausnahmsweise als zulässig erscheinen mag, kann nur darin liegen, daß der Gesetzgeber bei Erlaß der letzteren an derartige Tatbestände nicht gedacht habe, und wenn er sie ins Auge gefaßt hätte, ihnen ebenfalls in einem dem Verträge entsprechenden Sinne Rechnung getragen haben würde.“⁹

Der Rechtsgrund solcher Verträge ohne gesetzliche Ermächtigung scheint mir folgender zu sein: Fehlt es an einer gesetzlichen Ermächtigung zur Regelung eines außerordentlich komplizierten oder neuen Tatbestandes durch Vertrag, so ist eine Lücke im Gesetz vorhanden. Die Verwaltungsbehörde fingiert nun eine Ermächtigung. Sie sucht neues Recht. Auf keinen Fall darf sie dem neu auftretenden Falle einfach passiv gegenüberstehen.¹⁰ Die Zulässigkeit der Rechtsfindung durch die Verwaltungsorgane ist anerkannt.¹¹ Bei der Findung neuen Rechts muß jedoch die Beschränkung gelten, daß dem Bürger dadurch nicht neue öffentlich-rechtliche Pflichten, insbesondere Abgabepflichten, auferlegt werden, weil öffentlich-rechtliche Pflichten auf formellem Gesetz beruhen müssen.¹² Die von der Verwaltung gefundene fingierte Ermächtigung erteilt ihr nun das gleiche Recht wie die ausdrückliche gesetzliche. Dabei versteht sich von selbst, daß auf diesem Wege nur vorgegangen werden darf, wenn wirklich außerordentliche Verhältnisse vorliegen, die sich ohne die Schaffung einer offenbaren Unbilligkeit nicht auf anderem Wege regeln lassen. Die Verwaltungsbehörde hat hiebei mit der gleichen Sorgfalt vorzugehen wie der Zivilrichter, wenn er neues Recht schafft. Nicht zulässig ist dieses Vorgehen, wenn ein Gesetz die vertragsmäßige Regelung ausdrücklich ausschließt oder die Natur der Sache eine solche Regelung überhaupt verbietet. Im Falle, daß ein Gesetz eine vertragliche Regelung verbietet, ist vorsichtig zu untersuchen, was das Gesetz ausschließen wollte. Der Gesetzgeber kann für ein Verhältnis, an das er bei Erlaß des Gesetzes nicht gedacht hat, die vertragliche Regelung nicht ausgeschlossen haben.

⁹ Vgl. auch BGE 70 I 131.

¹⁰ Ueber das Verhalten der Verwaltung beim Vorhandensein von Lücken im Gesetz vgl. Ruck a. a. O. S. 133, Fleiner a. a. O. S. 53 ff.

¹¹ Ruck a. a. O. S. 24.

¹² Ruck a. a. O. S. 24.

Was die behauptete Verletzung der Rechtsgleichheit durch Zulassung öffentlicher Verträge mit Privaten betrifft, ist folgendes zu sagen: Zuzugeben ist, daß es offenbar unbillig und ungerecht erscheinen würde, wenn der Staat einem Teil seiner Bürger gegenüber einseitig verfügen würde, während er mit dem andern Teil in Verhandlungen eintreten und Verträge abschließen würde. Die Bindung des Staates an die Verfügung ist nämlich im allgemeinen, wie wir noch sehen werden, eine kleinere als die Bindung an den Vertrag. Der herrschaftlich handelnde Staat hat den Vorteil, daß er verfügen kann, ohne vorerst den Bürger um seine Ansicht zu befragen. Er kann seine Verfügungen wieder zurücknehmen, wenn sie dem öffentlichen Interesse nicht mehr entsprechen. Die Verfügung gründet sich auf das Gesetz. Der Erlaß ungesetzlicher Verfügungen ist unstatthaft. Das ergibt sich notwendigerweise aus dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung. Der Vertrag bietet dem Staat eine viel größere Freiheit, er kann mittels ihm vor- und nachgeben, er kann sich an die Verhältnisse anpassen. Aus der ganzen Lehre vom öffentlich-rechtlichen Vertrag ergibt sich auch, daß dieser nur dort Platz finden darf, wo er unbedingt erforderlich ist, um unbilligen Verhältnissen, welche durch Verfügungen geschaffen werden könnten, entgegenzutreten. Die Behandlung gleicher Verhältnisse durch Verfügung und ungleicher durch Vertrag bedeutet aber keine Verletzung der Rechtsgleichheit, sondern gerade die Durchsetzung dieses Prinzips unter allen Umständen.¹³ Die Rechtsgleichheit würde dadurch verletzt, wenn ungleiche Verhältnisse mit gleichen Verfügungen geregelt würden.¹⁴ Eine Rechtsungleichheit kann sich aber auch während der Vertragsdauer ergeben. Durch die Ablehnung der materiellen Rechtskraft bei den einseitigen Verfügungen hat es die Verwaltung in der Hand, bei wechselnden Verhältnissen die bestehende Verfügung aufzuheben und durch eine andere zu ersetzen. Durch den Vertrag bleibt die Verwaltung gefesselt, zum mindesten begegnet die Aufhebung von Verträgen großen Schwierigkeiten. Durch den Grundsatz der Heiligkeit der Verträge kann die Verwaltung zu einem Zustand verpflichtet werden, welcher den öffentlichen Interessen nicht mehr entspricht. Der an dem öffentlich-rechtlichen Vertrag beteiligte Private kann durch die Gebundenheit der Behörde zu

¹³ Th. Buddeberg, Die Rechtssoziologie des öffentlich-rechtlichen Vertrages in Arch. öff. R. n. F. VII S. 133: «Die Rechtsgleichheit und Stetigkeit der Verwaltung wird durch den öffentlich-rechtlichen Vertrag nur erhöht.»

¹⁴ Vgl. Ruck a. a. O. S. 137 f.

einer Rechtstellung gelangen, welche weit günstiger ist als jene, welche durch die Verfügung geschaffen worden wäre.¹⁵ Aber auch das umgekehrte Verhältnis kann vorkommen. Die Behörde kann aus der Veränderung der Verhältnisse während der Vertragsdauer Nutzen ziehen und der Private unter Umständen weit stärker belastet werden als sein Mitbürger, welcher einer Verfügung untersteht. Es sei übrigens noch betont, daß nicht bloß durch den öffentlichen Vertrag Rechtsungleichheiten heraufbeschworen werden können, sondern ebensogut durch die Verfügung. Meist genießt nämlich die Verwaltungsbehörde für den Erlaß von Verfügungen ein mehr oder weniger weites freies Ermessen. Sie hat es dabei in der Hand, den einen Bürger besser zu behandeln als den andern.

§ 8. Öffentlich-rechtliche Verträge zwischen Privaten

Bei den bisher behandelten Verträgen des öffentlichen Rechts war stets mindestens ein Vertragspartner ein öffentlich-rechtlicher Verband. Daneben gibt es auch öffentlich-rechtliche Verträge, bei welchen beide oder alle Kontrahenten Privatpersonen sind. Dies ist dann der Fall, wenn der Vertragswille der Privatpersonen darauf gerichtet ist, einen Gegenstand des öffentlichen Rechts zu ordnen. Es bleibt jedoch nicht den Parteien anheimgestellt, ob sie ein privatrechtliches oder ein öffentlich-rechtliches Rechtsverhältnis eingehen wollen. Die Zulässigkeit öffentlich-rechtlicher Verträge zwischen Privatpersonen stellt eine Ausnahme dar. Grundsätzlich bildet die Tatsache, daß nur Privatpersonen an einem Rechtsverhältnis beteiligt sind, ein Indiz dafür, daß ein privatrechtliches und kein öffentlich-rechtliches Rechtsverhältnis vorliegt. Daraus ergibt sich und hat in der Praxis allgemeine Anerkennung gefunden, daß öffentlich-rechtliche Verträge zwischen Privatpersonen der gesetzlichen Grundlage bedürfen, um öffentlich-rechtlich gültig zu sein. Schweigt das Gesetz, so besteht eine Vermutung dafür, daß der betreffende Gegenstand durch die Verwaltung zwingend zu ordnen ist und daß als Grundlage für eine konkrete öffentliche Pflicht kein Vertrag geschlossen werden kann.¹ Öffentlich-rechtliche Abmachungen zwischen Privatpersonen haben zumeist die Verteilung öffentlich-rechtlicher Lasten oder Pflichten zum Inhalt. Dabei ist es möglich, daß ein Gesetz ausdrücklich den Weg der gütlichen Vereinbarung zwischen den Privatpersonen

¹⁵ Ruck a. a. O. S. 86.

¹ Jedlicka a. a. O. S. 101 f.; Kormann a. a. S. 30; Ruck a. a. O. S. 86; Forsthoff a. a. O. S. 212

vorsieht, wie z. B. das Hannoversche Wege-Gesetz vom 28. 7. 1851, § 24, oder daß ein Gesetz bisherige auf kontraktlicher Feststellung beruhende Verpflichtungen zwecks Verteilung der öffentlichen Lasten unter den Mitgliedern der Kommune ausdrücklich aufrecht erhält, wie z. B. die Wegordnung für die Herzogtümer Schleswig und Hollstein vom 1. 3. 1842, § 225 Abs. 2. Hieraus folgte das preuß. Oberverwaltungsgericht, daß im gleichen Umfange auch nach Inkrafttreten des Gesetzes noch neue Vereinbarungen geschlossen werden könnten.² Ein weiteres Beispiel bietet auch § 15 des deutschen Gesetzes über die Beförderung von Personen zu Lande vom 3. 12. 1934, neu gefaßt durch Gesetz vom 6. 12. 1937.³ Nach dieser Bestimmung hat sich der Unternehmer einer Straßenbahn, die einen öffentlichen Weg benutzen soll, mit dem Wegeunterhaltungspflichtigen über die Benutzung des Weges und des dafür zu entrichtenden Entgelts zu einigen. Kommt eine Einigung nicht zustande, so legt die Genehmigungsbehörde die Bedingungen der Benutzung fest.⁴ Hierher gehören auch die Expropriationsverträge, welche von Privaten, die am Enteignungsverfahren beteiligt sind, zur Vermeidung der Fortführung dieses Verfahrens geschlossen werden.⁵

Der Inhalt des öffentlich-rechtlichen Vertrages zwischen Privatpersonen kann nicht nach freiem Belieben durch diese festgelegt werden, denn wie könnte die Behörde ein Stück obrigkeitlicher Verwaltung ihren Bürgern überlassen, die unter Umständen zu einer dem öffentlichen Interesse widersprechenden Lösung gelangen würden? Die Behörde bedingt sich im Gesetz, welches die Privatpersonen zur Regelung von öffentlich-rechtlichen Aufgaben ermächtigt, ein Mitwirkungsrecht in Form eines Genehmigungsvorbehaltes aus.⁶ Jedlicka,⁷ welcher diese Genehmigung eingehend untersucht hat, ist der Auffassung, daß das öffentlich-rechtliche Rechtsverhältnis schon durch die Willensübereinstimmung der Privatpersonen zustande komme. Wirkung der Behörde gegenüber habe es aber erst mit dem Zeitpunkte seiner Genehmigung. Die Genehmigung bedeutet, daß die Behörde die von den privaten Kontrahenten vereinbarte

² Preuß. OVG 80 S. 232 f. zitiert nach Jedlicka S. 102.

³ RGBl I S. 1319, zitiert nach ForsthoFF S. 212.

⁴ ForsthoFF a. a. O. S. 212.

⁵ Ruck a. a. O. S. 81 f, 86.

⁶ Jedlicka a. a. O. S. 102.

⁷ Jedlicka a. a. O. S. 103 ff.

Verteilung der öffentlichen Last annehme und auf einseitige Feststellung ihrerseits verzichte. Nicht erst durch die Genehmigung wird der Vertrag wirksam, denn wäre dies der Fall, so hätte es keinen Sinn, daß das Gesetz ausdrücklich auf den Vertrag verweist. Wie könnte die Verwaltung die Privaten zuerst zu einem Vertrage veranlassen, wenn sie nachher das Verhältnis doch einseitig durch Verwaltungsakt festlegen würde?⁸

Von den soeben behandelten echten öffentlich-rechtlichen Verträgen zwischen Privatpersonen sind zu unterscheiden die privatrechtlichen Abmachungen, welche zum objektiven öffentlichen Recht erhoben werden. Als Beispiel sei angeführt die Erhebung einer zwischen einigen privaten Grundeigentümern vereinbarten Bauordnung zu einer öffentlich-rechtlichen, deren Durchführung von Amtes wegen angeordnet werden kann. Hier liegt kein öffentlich-rechtlicher Vertrag vor. Der öffentlich-rechtliche Vertrag zwischen Privatpersonen gründet sich auf eine gesetzliche Ermächtigung, welche hier fehlt.⁹ Vorweggenommen sei, daß, zum Gesetz erhoben, diese „privatrechtlichen Verträge“ den gleichen Revisionsbestimmungen unterliegen wie die Gesetze.

Schließlich sei noch auf die Rezesse verwiesen. „Diese dienen dazu, bestimmte öffentlich-rechtliche Rechtsverhältnisse abweichend vom Gesetz zu regeln.“ Es sind „Vereinbarungen über die Verteilung gemeinsamer Lasten zwischen den Beteiligten, wie namentlich über den Bau und die Unterhaltung öffentlicher Wege, Gräben, über das Beitragsverhältnis zu den Gemeinden-, Kirchen- und Schullasten.“ Voraussetzung der Rezesse ist, daß das Gesetz die Aenderung seiner Vorschriften durch Rezeß gestattet; ferner muß zur öffentlich-rechtlichen Wirksamkeit der Rezesse die Genehmigung der Auseinandersetzungsbehörden hinzutreten. „Es ist aber hervorzuheben, daß das preuß. Oberverwaltungsgericht den Rezessen nicht nur den Charakter einer vertragsmäßigen Vereinbarung zuerkennt, sondern daß es derartige die Verpflichtung zu öffentlichen Lasten regelnde, unter der Autorität der zuständigen Obrigkeit und unter Zuziehung sämtlicher Pflichtigen zustande gekommene Satzungen zur Quelle öffentlichen Rechtes, zum Bestandteil des objektiven öffentlichen Rechtes erhebt.“¹⁰ Am Anfang haben die Rezesse große Ähnlichkeit mit den Verträgen, sobald aber der Vertrag geschlossen ist, so entzieht sich die getroffene Regelung den Grundsätzen

⁸ Vgl. Jedlicka a. a. O. S. 103; Forsthoff a. a. O. S. 212. Apelt a. a. O. S. 142.

⁹ Vgl. Fleiner a. a. O. S. 210; Jedlicka a. a. O. S. 104 und 107.

¹⁰ Jedlicka a. a. O. S. 105.

des Vertragsrechts.^{10*} Damit interessieren uns aber auch die Rezesse in dieser Arbeit nicht weiter.

§ 9. Die Rechtskraft der Verfügungen

Bevor wir uns der Frage der Verbindlichkeit der öffentlich-rechtlichen Verträge speziell zuwenden, gilt unsere Untersuchung generell der Frage, ob die Verwaltung an ihre Handlungen gebunden sei.

Wie bereits weiter vorn dargetan wurde, tritt die Verwaltung in der stark überwiegenden Mehrzahl der Fälle hoheitlich, herrschaftlich, mit Befehl und Zwang ausgerüstet dem Bürger gegenüber auf. Ihre Aufgabe ist die Wahrung des öffentlichen Interesses. Das öffentliche Interesse gibt auch die Richtlinien zu ihrem Handeln.

Zur Regelung der einzelnen Verwaltungsverhältnisse greift die Behörde zumeist zur Verfügung. Sie ist die Regelform für die Tätigkeit der Verwaltungsorgane. Durchaus im Vordergrund steht dabei die rechtsgestaltende Verfügung. Mit ihr greift die Verwaltungsbehörde begründend, ändernd und aufhebend in die Rechtszustände sowie die subjektiven Rechte und Pflichten der Bürger ein. Mit der Verfügung erteilt die Verwaltung ihren Untertanen Anweisungen für ihr Verhalten. Hinter der Verfügung steht der staatliche Zwang, welcher ihre Durchsetzung sichert. Somit enthält die Verfügung einen Befehl. Der Untertan kann nicht entscheiden, ob er die Verfügung erfüllen will oder nicht; er muß sie erfüllen, sonst wird er zur Erfüllung gezwungen. Zumeist wird der Bürger auch nicht vor Erlaß der Verfügung zu Verhandlungen eingeladen. Die Verfügung stützt sich auf das Gesetz und das öffentliche Interesse.

Ist nun die Verwaltungsbehörde an ihre Verfügungen gebunden, muß sie sie halten wie der Private die von ihm eingegangenen Verpflichtungen? Sind die Verfügungen unabänderbar wie die Urteile der Gerichte, oder ist die Verwaltung befugt, sie abzuändern oder aufzuheben? In Anlehnung an das Prozeßrecht fragt man nach der formellen und der materiellen Rechtskraft der Verfügungen.

Außer Diskussion steht, daß die Verwaltung nicht willkürlich Verfügungen erlassen und aufheben darf.¹ Sie hat sich an

^{10*} Vgl. Jedlicka a. a. O. S. 106.

¹ Vgl. Fleiner a. a. O. S. 199; Ruck a. a. O. S. 69; Oskar Lätsch, Verwaltungsakte und nachträgliche Ausnahmen in ZSGV 39 S. 5.

das Gesetz und das öffentliche Interesse zu halten. Außer Frage stehen hier auch die Verfügungen, welche erlassen und sofort erfüllt werden müssen. Hier interessiert nur die Verfügung, welche Dauerrechtsverhältnisse schafft. Vermögen nun veränderte Umstände den Bestand dieser Dauerrechtsverhältnisse zu erschüttern? Der Staat, welcher so vielerlei Maßnahmen zur Festigung und Erhaltung der Rechtssicherheit trifft, ist prinzipiell auch an dieses Prinzip gebunden. Nur fragt sich, ob das öffentliche Interesse nicht doch der Rechtssicherheit vorgehe? In der Literatur des Verwaltungsrechts ist man sich einig, daß der Verfügung im allgemeinen die materielle Rechtskraft abgeht. Man argumentiert, daß es ein Widerspruch in sich wäre, wenn man die Verwaltungsbehörden im Sinne der materiellen Rechtskraft an ihre Verfügungen binden wollte, selbst wenn diese das Gemeinwohl, ja das objektive Recht verletzen.² Das will aber nicht heißen, daß die Verwaltung bei der Abänderung und Aufhebung ihrer Verfügungen willkürlich schalten und walten könnte. Auch die Verwaltungsbehörden unterstehen dem Grundsatz von Treu und Glauben.³ Vom Grundsatz, daß die Verwaltung an ihre Akte nicht gebunden ist, gibt es einzelne Ausnahmen.⁴ Es betrifft dies insbesondere die Verfügungen, welche Rechte oder Fähigkeiten begründen, sowie jene Akte der Verwaltung, welche mit gesetzlicher Ermächtigung subjektive Rechte zu Gunsten bestimmter Personen begründen,⁵ weiter jene anspruchs- oder pflichtbegründenden Verfügungen, welche

² Vgl. Ruck a. a. O. S. 68, sowie BGE 74 I 445. — Oskar Lätsch führt über diesen Punkt in ZSGV 39 S. 6 aus: «Es wurde ausgeführt, von materieller Rechtskraft der verwaltungsrechtlichen Verfügung könne deshalb nicht die Rede sein, weil sich die allgemeinen Anschauungen über den Umfang des öffentlichen Interesses und damit ohne weiteres auch die Ansichten über die Angemessenheit einer bestimmten Verfügung fortwährend verändern. Es liegt deshalb nahe, als maßgebendes Kriterium bei der Beurteilung von Verfügungen auf ihre Nützlichkeit hin eben dieses öffentliche Interesse zu betrachten. Erfolgt die nachträgliche Abänderung einer geltenden Verfügung mit Rücksicht auf ein ursprünglich nicht hinreichend beachtetes oder neu auftauchendes öffentliches Interesse, dann muß die Umgestaltung der Verfügung grundsätzlich als zulässig angesehen werden, andernfalls jedoch nicht. Mit andern Worten ausgedrückt will dies bedeuten, die verfügende Behörde dürfe die von ihr selbst erlassenen Verfügungen nur insoweit abändern, als die nachträgliche Umgestaltung des einmal begründeten Rechtsverhältnisses einem öffentlichen Interesse entspreche. Wie weit dieses öffentliche Interesse reicht, beurteilt die verfügende Behörde nach ihrem freien Ermessen. Abänderungen an gültigen Verfügungen vorzunehmen, die überhaupt nicht einmal im Hinblick auf ein öffentliches Interesse erfolgen, dazu indessen ist die Verwaltung nicht befugt.»

³ Fleiner a. a. O. S. 200; Beetschen a. a. O. S. 41.

⁴ Forsthoff a. a. O. S. 198 spricht den Verfügungen die materielle Rechtskraft unter allen Umständen ab.

⁵ Fleiner a. a. O. S. 201; Beetschen a. a. O. S. 70.

von der Behörde nur nach vorausgegangenem umständlichem Einspruchs- oder Ermittlungsverfahren erlassen werden dürfen.⁶

Trotzdem kann die Behörde ermächtigt sein, mit materieller Rechtskraft ausgestattete Verfügungen zurückzunehmen, wenn besondere Voraussetzungen vorliegen. So, wenn im Gesetz oder in der Verfügung selbst ein Widerrufs- oder Abänderungsvorbehalt enthalten ist. Ähnlich verhält es sich mit einer Verwirkungsklausel, auf Grund derer die Behörde die Befugnis erhält, dem Bürger durch die Verwaltung verliehene Rechte wieder zu entziehen, wenn er die mit der Verfügung verbundenen Pflichten nicht erfüllt. Im weiteren gibt es Verfügungen, welche unter bestimmten Voraussetzungen erlassen wurden; fallen diese Voraussetzungen weg, so kann die Verfügung zurückgenommen werden. Fleiner⁷ läßt die Rücknahme einer sonst materiell rechtskräftigen Verfügung nur für die vom Gesetz genannten Fälle zu. Endlich führt Ruck⁸ auch noch den Notstand als Aenderungs- oder Aufhebungsgrund der Verfügung an.⁹

§ 10. Die Clausula rebus sic stantibus im öffentlichen Recht im Besonderen

Allgemeines

Die Untersuchung des öffentlich-rechtlichen Vertrages hat gezeigt, daß er vom öffentlichen Interesse beherrscht wird. Sowohl sein Abschluß — als Ausnahmeform für die Handlungen der Verwaltung — wie auch sein Inhalt richten sich nach dem öffentlichen Interesse. Weiter wurde dargetan, daß die Verwaltungsbehörden meistens zur Verfügung greifen, ja im öffentlichen Interesse zu ihr greifen müssen und dies nicht zuletzt, weil der Verfügung die materielle Rechtskraft im allgemeinen abgeht, und weil sie, wenn es das öffentliche Interesse erfordert, zurückgenommen oder abgeändert werden kann. Es stellt sich nun die Frage, ob es angebracht ist, der Verwaltung, wenn sie aus Zweckmäßigkeitsgründen zum öffentlich-rechtlichen Vertrag greift, die gleichen Fesseln anzulegen, wie der Staat sie im privaten Vertragsrecht inbezug auf die Einhaltung der Vertragspflichten seinen Bürgern anlegt, oder ob man ihr, wie bei der Verfügung, den Rücktritt leichter machen soll. Mit andern Worten: Stellt der Vertrag eine allgemeine Kategorie

⁶ Fleiner a. a. O. S. 200.

⁷ a. a. O. S. 203.

⁸ a. a. O. S. 70.

⁹ Vgl. auch ZSGV 48 S. 198.

dar, an der es grundsätzlich nichts zu rütteln gibt, selbst wenn er öffentliche Interessen zum Inhalt hat, oder ist er ein Institut, für welches andere Grundsätze gelten, wenn er als öffentlich-rechtlicher erscheint? Wollte man das letztere annehmen, so wäre jenen Recht gegeben, welche behaupten, daß der Vertrag im öffentlichen Recht gar nicht vorkommen könne. Der Vertrag bleibt Vertrag, auch wenn er in öffentlich-rechtlichem Kleid auftritt, nur gelten für ihn in dieser Eigenschaft im öffentlichen Interesse mildere Aufhebungsgrundsätze. Andere Aufhebungsgrundsätze besagen aber nicht, daß es sich darum um ein anderes Institut handelt, wie Burckhardt anzunehmen geneigt ist;¹ sonst könnte man mit demselben Recht behaupten, daß jene Verträge des Privatrechts, bei welchen eine Kündigung bzw. Aufhebung wegen wichtiger Gründe vorgesehen ist, ebenfalls keine Verträge seien.

Für die Aufhebung öffentlich-rechtlicher Verträge hat das öffentliche Interesse eine große Bedeutung. Zum alleinigen Maßstab für das staatliche Handeln darf es aber in einem Rechtsstaat, zumal in einem demokratischen Rechtsstaat, nicht gemacht werden. Die Schweiz zumal darf nie so weit kommen, daß sie der Devise huldigt: „Recht ist, was dem Staate nützt.“ Der Staat ist für die Bürger da und nicht die Bürger für den Staat. Wir rühmen das Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, wobei aber unter Gesetz nicht allein das Gesetz im technischen Sinne verstanden wird, sondern „neben dem Gesetz sind die Sätze des Gewohnheitsrechts wirksam.“² Ein Ursatz des Gewohnheitsrechts ist die Regel „pacta sunt servanda“, der noch der Grundsatz von Treu und Glauben übergeordnet ist. Im weitem darf das öffentliche Interesse nicht bloß als Entschuldigungsgrund, mittels dessen man um die Erfüllung seiner Pflichten herum kommen will, betrachtet werden. Das öffentliche Interesse ist ebenso Verpflichtung. So muß ein Werk, das von einem Gemeinwesen einmal als öffentliche Aufgabe erkannt und unternommen wurde, im öffentlichen Interesse auch durchgeführt werden.³

Besondere Aufmerksamkeit inbezug auf den Bestand bzw. die Aufhebung des öffentlich-rechtlichen Vertrages verdient auch das Prinzip der Gleichberechtigung der Bürger. Auf Seite 52 f wurde dargetan, daß die öffentlich-rechtlichen Verträge dem Prinzip der Rechtsgleichheit nicht widersprechen dürften, dies

¹ Burckhardt a. a. O. S. 69 N. 2.

² Fleiner a. a. O. S. 100.

³ Urteil im Seedammstreit E. 2 d.

selbst dann nicht, wenn erst während der Vertragsdauer durch die Veränderung der Umstände ein die Rechtsgleichheit verletzender Zustand eintrete. Auf der anderen Seite muß aber hier nochmals betont werden, daß die Rechtsgleichheit nicht schon durch gewöhnliche Verschiebungen der Leistungsverhältnisse verletzt wird; auch hier müssen außerordentliche Umstände verlangt werden. Leichte Verschiebungen der gegenseitigen Pflichten müssen hingenommen werden, ist doch der Vertrag die eigentliche Sicherung davor, daß nicht schon wegen kleiner Veränderungen der Umstände die eine oder andere Partei ihre Aufgaben nicht mehr erfüllen will.

In Anbetracht der verschiedenen Arten von öffentlich-rechtlichen Verträgen kann man sich fragen, ob für sie alle die gleichen Aufhebungsgrundsätze zu gelten haben.

Diese Frage muß schon darum verneint werden, weil für den Abschluß der verschiedenen öffentlich-rechtlichen Verträge nicht das gleiche Interesse vorhanden ist. So ist es zur Regelung gewisser Fragen für den Staat unumgänglich, mit gleichgeordneten Subjekten den Weg des Vertrages zu beschreiten, während er im Verkehr mit seinen Untertanen zur Verfügung greifen kann. Dementsprechend empfiehlt sich eine getrennte Betrachtung der verschiedenen öffentlich-rechtlichen Verträge. Dabei muß aber betont werden, daß die Unterscheidung der öffentlich-rechtlichen Verträge nach den vertragschließenden Subjekten die vielen weiteren Arten der öffentlich-rechtlichen Verträge nicht ergreift. Es sei daher von allem Anfang an unterstrichen, daß bei der Auflösung der öffentlich-rechtlichen Verträge unter dem Gesichtspunkt der Clausula alle Einzelheiten des Vertrages besonders bezüglich der Besser- oder Schlechterstellung der vertragschließenden Bürger gegenüber den anderen Bürgern, deren Verhältnis zum Staat nicht durch einen Vertrag geregelt ist, besonders zu beachten sind.

§ II. Die Clausula rebus sic stantibus im öffentlich-rechtlichen Vertrag zwischen gleichberechtigten staatlichen Verbänden

Als Subjekte stehen sich in diesem Vertrag entweder Kantone oder Gemeinden gegenüber. In Anbetracht dessen, daß die Verträge zwischen den Kantonen weit zahlreicher und der wissenschaftlichen Forschung leichter zugänglich sind, des weitern auch, daß man für diese Verträge eine Anzahl Regeln des Völkerrechts herbeiziehen konnte, wurden sie inbezug auf ihre

Wirkungen und insbesondere ihre Aufhebung einer gründlicheren wissenschaftlichen Untersuchung unterzogen als die Verträge zwischen den Gemeinden. Es empfiehlt sich daher, die Lehre von der cl. r. s. st. an diesen Verträgen zu untersuchen und darzustellen. Die Verträge zwischen den Gemeinden unterscheiden sich grundsätzlich nicht von den Verträgen der Kantone. Doch darf wohl darauf hingewiesen werden, daß die Gemeinden größtenteils weit hinter den Kantonen zurückstehen. Die relative Kleinheit der Gemeinden scheint eine gewisse Einwirkung auf das den Vertrag beherrschende öffentliche Interesse zu haben. Während den gegenseitigen öffentlichen Interessen der Kantone das schweizerische Gesamtinteresse übergeordnet ist, kommt bei den Verträgen zwischen den Gemeinden hinzu das Interesse des Kantons, dessen Beziehungen zu den Gemeinden ein weit engeres ist als die Beziehungen des Bundes zu den Kantonen.

Otto Mayer meinte, daß sich die öffentlich-rechtlichen Verbände nicht wie selbstsüchtige Einzelmenschen gegenüber stünden, sondern jeder Gemeinde sei auch das Gedeihen ihrer Nachbargemeinde in gewissem Maße eigene Angelegenheit. Er glaubte daher, daß sich in den Beziehungen der öffentlichen Korporationen alles leicht durch gütliche Vereinbarung werde regeln lassen.¹ Diese Hoffnung Otto Mayers hat sich, wie die Praxis beweist, zerschlagen, ja selbst für die Aufhebung der öffentlich-rechtlichen Verträge zufolge veränderter Umstände ist es für die öffentlich-rechtlichen Verbände nicht immer leicht in freundschaftlichem Sinne übereinzukommen. Die Praxis verlangt hiefür von der Wissenschaft Richtlinien, um die Schwierigkeiten zu meistern.

Das anwendbare Recht

Der Frage nach der Anwendung der cl. r. s. st. bei Verträgen zwischen den Kantonen geht jene nach dem anwendbaren Recht voraus. Ist Privatrecht anzuwenden, gilt Völkerrecht, oder gibt es hiefür eigenes geschriebenes oder ungeschriebenes Bundesrecht?

Besonders naheliegend ist die Anwendung von Privatrecht, ist doch der öffentlich-rechtliche Vertrag im Prinzip eine vom Privatrecht her übernommene Institution. Grundsätzlich ist denn auch die analoge Anwendung von Privatrecht im öffentlichen

¹ Vgl. Apelt a. a. O. S. 211, 222.

Recht zulässig.² Dabei ist aber größte Vorsicht geboten;³ auf jeden Fall ist immer zuerst nach eigenen Regeln des öffentlichen Rechts zu suchen.

Dabei wird man besonders versucht sein, Völkerrecht anzuwenden, besonders wenn die Kantone als selbständige Staaten betrachtet werden. Zwar sind nach unserer Auffassung die Kantone keine Staaten.⁴ Sie sind, wie schon ausgeführt wurde, innerstaatliche Herrschaftsverbände, potenzierte Selbstverwaltungskörper.⁵ Es geht ihnen die Souveränität und damit auch der eigentliche Staatscharakter ab. Das Vertragsrecht der Kantone untersteht in erster Linie dem Staatsrecht.^{6/7} So fließt, wie auf Seite 44 f festgestellt wurde, schon die Befugnis der Kantone, untereinander Verträge zu schließen, aus dem Staatsrecht. Jedoch finden wir im geschriebenen Bundesstaatsrecht wenig Quellen über die Behandlung der interkantonalen Verträge. Bevor jedoch an die Anwendung von Völkerrecht gedacht werden kann, ist nach weiteren Regeln im ungeschriebenen Bundesstaatsrecht, im öffentlichen bundesmäßigen Gewohnheitsrecht zu suchen.⁸ Bundesrechtliches Gewohnheitsrecht entsteht insbesondere dadurch, daß sich durch immer wiederkehrende Vereinbarungen in interkantonalen Uebereinkünften und Staatsverträgen eine gewisse feste Uebung ergibt. Daß dem bundesrechtlichen Gewohnheitsrecht tatsächlich weitere Regeln für das interkantonale Vertragsrecht entnommen werden können, wird noch dargetan werden. Erst subsidiär ist zur Behandlung der interkantonalen Verträge das Völkerrecht heranzuziehen.⁹ Dieses Völkerrecht ist aber, da die Kantone keine selbständigen Staaten bilden, deren Rechtsbeziehungen also nur bundesrechtlich oder kantonalrechtlich sein können, wohl rezipiertes, transformiertes

² Fleiner a. a. O. S. 5; Kormann a. a. O. S. 9.

³ Montesquieu sagt an einer vielzitierten Stelle (*De l'esprit des lois*, livre XXVI, chap. XVI) deutsch zitiert nach Blühdorn, *Völkerrecht* S. 206: «Es ist lächerlich über die Rechte der Königreiche, Völker und des Weltalls mit Hilfe derselben Regeln urteilen zu wollen, mit denen man, um mich der Worte Ciceros zu bedienen, über ein Traufrecht urteilt.»

⁴ Giacometti, *Staatsrecht der Kantone* S. 29.

⁵ Fleiner *Bundesstaatsrecht* S. 49 ff.

⁶ Vgl. Bolle a. a. O. S. 31.

⁷ Gemäß Art. 113 Ziff. 3 BV unterstehen die staatsrechtlichen Streitigkeiten unter den Kantonen, wozu auch die Streitigkeiten über öff. rechtl. Verträge zwischen den Kantonen gehören (BGE 3 I 280; 40 I 554), der Beurteilung durch das Bundesgericht. Nach Art. 113 Abs. 3 BV sind für das Bundesgericht die von der Bundesversammlung erlassenen Gesetze und allg. verbindlichen Beschlüsse maßgebend. Vgl. auch Burckhardt, *Kommentar*, S. 788 f.

⁸ BGE 54 I 203.

⁹ Vgl. Giacometti/Fleiner, *Bundesstaatsrecht* S. 162.

Völkerrecht.¹⁰ Durch die Rezeption haben aber diese Völkerrechtssätze ihren juristischen Charakter geändert. Die ursprünglich völkerrechtlichen Normen sind zu staatsrechtlichen geworden. Das gilt nicht nur für die bei der Gründung des Bundesstaates übernommenen Völkerrechtsregeln, sondern auch für die zwischenstaatlichen Normen, die heute noch übernommen werden. Dieses rezipierte, transformierte Völkerrecht ist in seiner Geltung nicht davon abhängig, daß die Völkerrechtssätze, mit denen sie ihrer Herkunft nach inhaltlich übereinstimmen, ihrerseits heute noch als Völkerrechtsregeln existieren.¹¹ Das Bundesgericht hat, wenn keine bundesrechtlichen Regeln vorhanden waren, von jeher die Anwendung von Völkerrecht im interkantonalen Vertragsrecht anerkannt, zuerst nur tatsächlich, ohne die Anwendung von Völkerrecht ausdrücklich einzugestehen.¹² An Stelle von Völkerrecht spricht das Bundesgericht meistens von „allgemeinen Prinzipien“,¹³ „allgemeinen Rechtsgrundsätzen“¹⁴ und dgl.

Bezüglich der cl. r. s. st. ist aber besonders zu beachten, daß dieses Institut im Völkerrecht nur eine schwache Ausbildung erfahren hat. Die völkerrechtliche Literatur über dieses Gebiet behandelt zumeist nur die Frage, ob die Klausel im zwischenstaatlichen Rechtsverkehr überhaupt Anwendung finden könne. Sodann ist weiter zu beachten, daß die Klausel grundsätzlich vom Privatrechte herrührt und ihren Bearbeitern für das Völkerrecht nichts anderes übrig bleibt, als sich auch in die von der älteren Schwester“, dem Privatrecht behandelten Fragen zu versenken.¹⁵ Es würde daher einen großen Umweg bedeuten, wollte man die privatrechtliche Klausel vorerst in ihrer völkerrechtlichen Eigenart untersuchen und dann prüfen, was von ihr in diesem Zustand im innerstaatlichen Recht bei schweizerischen Verhältnissen verwendet werden kann. Viel einfacher und weit weniger gefährlich ist es, wenn von der schweizerischen Lehre von der cl. r. s. st. im Privatrecht ausgegangen wird und die dort festgestellten privatrechtlichen Grundsätze von den Besonderheiten des öffentlichen Rechts aus beleuchtet werden.

¹⁰ Giacometti/Fleiner, Bundesstaatsrecht S. 162, derselbe, Die Verfassungsgerichtsbarkeit des Schweiz. Bundesgerichtes, Zürich 1933 S. 17; Burckhardt, Kommentar S. 779.

¹¹ Margrit Gut a. a. O. S. 160.

¹² Vgl. Margrit Gut a. a. O. S. 139, BGE VII 57 f.

¹³ dieselbe S. 139, BGE 50 I 125 f.

¹⁴ dieselbe S. 139, BGE 58 I 44.

¹⁵ Kaufmann a. a. O., Vorwort S. IV.

Bei den Verträgen zwischen Gemeinden ist, bevor im eben beschriebenen Sinne vorgegangen werden kann, zu untersuchen, ob das kantonale Verwaltungsrecht Regeln enthält, die das ganze Problem erfassen.¹⁶

Rechtsetzende Verträge

Von der Völkerrechtswissenschaft wird die Anwendung der cl. r. s. st. für das Vertragsrecht der Glieder des Bundesstaates, ja sogar für die des einfachen Staatenbundes grundsätzlich anerkannt. Die hauptsächlichsten Bedenken gegen die Anwendung der Klausel im Völkerrecht richten sich hauptsächlich gegen die Tatsache, daß über den Staaten kein Richter steht, der die Argumente der Parteien, welche sie zur Aufhebung ihrer Verträge veranlassen, prüfen könnte. Diese Bedenken fallen beim Bundesstaat dahin, denn hier eröffnet sich „die Möglichkeit, eventuelle Streitigkeiten der Mitglieder durch ein besonderes Gemeinschaftsorgan entscheiden zu lassen; dieses vermag dann von sich aus, unabhängig von den Parteien, die Bedeutung aller inzwischen eingetretenen Veränderungen objektiv prüfend zu würdigen und so der Gefährdung der Vertragssicherheit wirksam vorzubeugen.“¹⁷

Bei der Anwendung der cl. r. s. st. als Aufhebungsgrund der Verträge wird nach der schweizerischen Praxis ein Unterschied danach gemacht, ob es sich um rechtsetzende oder rechtsgeschäftliche Verträge handelt. Gemäß ausdrücklicher Vorschrift der Schweizerischen Bundesverfassung Art. 7 fallen für das innerstaatliche schweizerische Recht die politischen Verträge, bei welchen es sich in der Hauptsache um Verträge rechtsgeschäftlicher Natur handelt, und die im Völkerrecht eine maßgebende Rolle spielen, weg.

Der rechtsetzende Vertrag ist ein Problem für sich. Auf Seite 48 haben wir ihn umschrieben als den Vertrag, in welchem die Parteien objektive Rechtsnormen aufstellen, nach denen sie bei der Besorgung ihrer Verwaltungsaufgaben ihr Verhalten einzurichten haben.¹⁸ Um diesem Begriff besser beizukommen, ist es notwendig, sich mit dem Begriffe der Vereinbarung zu befassen. Die Anhänger dieses Begriffs¹⁹ suchen damit eine

¹⁶ Siegwart, Kommentar zum OR V, Zürich 1938 S. 30.

¹⁷ Bruno Schmidt a. a. O. S. 77/78.

¹⁸ An dieser Stelle sei bemerkt, daß der rechtsetzende Vertrag über das Verw. R. hinausgehen und ebensogut ein zivil- oder strafrechtliches Vorgehen regeln kann.

¹⁹ Der Begriff wurde von Binding, Die Gründung des Norddeutschen Bundes S. 69 ff. in die Literatur des öff. Rechts eingeführt und besonders von Jellinek und Triepel weiter ausgebildet.

Gruppe von Verabredungen, besonders solche rechtsetzender Natur, von den Verträgen zu scheiden. Scharf formuliert Jelinek²⁰ den Gegensatz: „Vereinbarung ist Willenseinigung zum Zwecke der Befriedigung gemeinsamer, Vertrag Willenseinigung zum Zwecke der Befriedigung entgegengesetzter, oder doch nicht kongruierender Interessen.“ Die Unterscheidung des Inhalts der Erklärung ist richtig. So kongruieren die Willenserklärungen bei einem Kaufvertrag nicht, doch sie korrespondieren. Der Käufer will eine Sache erlangen, muß dafür aber etwas bezahlen; der Wille des Verkäufers geht dahin, einen Preis zu erzielen; er muß aber dafür notwendigerweise die Sache hergeben. Der Käufer will eine Sache gegen Geld, der Verkäufer Geld gegen eine Sache.²¹ Bei einer Vereinbarung zwischen zwei Kantonen ist der Wille auf das gleiche Ziel gerichtet. Beispielsweise sei die Uebereinkunft zwischen den Kantonen Zürich, Schwyz, Glarus und St. Gallen betreffend die Fischerei im Zürichsee, Linthkanal und Walensee vom 19. Juni 1936 herangezogen. Hier erstreben die Vertragskantone das gleiche Ziel, die Ordnung im Fischereiwesen. Sie stellen hierfür Rechtsätze auf, an die sie sich halten wollen.

Dennoch ist die Vereinbarung ein Vertrag. Wenn die Kantone gewisse Fragen einheitlich regeln wollen, so ist es nötig, daß sie sich miteinander verständigen, ihren Willen erklären und der Regel *pacta sunt servanda* unterstellen. Gewiß ist diese Form des öffentlich-rechtlichen Vertrages schwer mit den privatrechtlichen Verträgen zu vergleichen. Da die Vereinbarung die Schaffung objektiven Rechts zum Gegenstand hat, erlangt sie Wirksamkeit gegenüber einem weiteren Kreis von Personen als nur der Kontrahenten. Um diesen Personenkreis an das vereinbarte Verhalten zu binden, bedürfen die Parteien der Befugnis, das Verhalten dieses Personenkreises durch Aufstellung von allgemeinen Normen zu regeln und die Regelung auch durchsetzen zu können; sie bedürfen der Rechtsetzungsgewalt. Auf dem Gebiete des Privatrechts besitzen die Rechtssubjekte diese Rechtsetzungsgewalt nicht;²¹ wie aber schon dargetan wurde, muß man sich hüten, Eigentümlichkeiten des Privatrechts und des privatrechtlichen Vertrages auf das öffentliche Recht auszudehnen, bezw. das öffentliche Recht durch Eigentümlichkeiten des Privatrechts zu beschränken.

²⁰ System der subj. öff. Rechte S. 194.

²¹ Jedlicka a. a. O. S. 39.

^{21*} V. Tuhr/Sieggwart a. a. O. S. 133.

Ein juristischer Unterschied zwischen Vereinbarung und Vertrag beruht nicht auf dem Unterschied zwischen Vereinbarung und Rechtssatz, sondern auf dem zwischen Rechtsgeschäft und Rechtssatz.²²

Der rechtsetzende Vertrag geht über den rechtsgeschäftlichen hinaus. Der privatrechtliche Vertrag ist eine Unterart des Rechtsgeschäfts. Mittels des Rechtsgeschäfts können aber nur subjektive Rechte oder Rechtsverhältnisse begründet oder modifiziert, kann nicht aber objektives Recht geschaffen werden,²³ wie es durch den rechtsetzenden Vertrag des öffentlichen Rechts geschieht.

Grundsätzlich sind die Parteien an alle Verträge gebunden, an die rechtsgeschäftlichen wie an die rechtsetzenden. Untersuchen wir nun aber die juristische Natur der rechtsetzenden Verträge näher. Der Inhalt des rechtsetzenden Vertrages ist die Schaffung objektiven Rechts, und zwar schafft er objektives Recht zwischen zwei oder mehreren Vertragssubjekten, welches jedes für sich für sein Herrschaftsgebiet die Macht hat, objektives Recht zu schaffen. Genau genommen liegt die Erzeugung objektiven Rechts nicht im Vertrag. Dem Staat allein steht das Recht zu, objektives Recht für sein Territorium zu schaffen. Seine Rechtsetzungsgewalt reicht aber nicht über sein Staatsgebiet hinaus. Dennoch kann es für ihn wichtig sein, daß auch andere Staaten eine bestimmte Materie gleich ordnen. Er setzt sich daher mit ihnen ins Einvernehmen und veranlaßt sie, gleiche Rechtsätze aufzustellen. Die rechtsetzenden Verträge können mit der Schaffung einer Gesellschaft oder eines Vereins zu ideellen Zwecken verglichen werden. Bei diesen erachtet eine Person ein bestimmtes Verhalten als richtig. Sie sucht weitere Personen für ihr Ideal zu gewinnen. Ist ihr dieses gelungen, dann entwerfen die Personen gemeinsame Regeln, welchen sie sich, zum Vereinszweck erhoben, unterstellen. Für die Mitglieder des Vereins besteht ein Austrittsrecht. Dieses beruht auf dem Rechte der Persönlichkeit.²⁴ Nach dem Schweizerischen Zivilrecht ist das Austrittsrecht zwingend vorgeschrieben.²⁵ Mit dem Rechte der Persönlichkeit im Privatrecht ist die Souveränität im öffentlichen Recht zu vergleichen. Gleich wie der Pri-

²² Vgl. Jedlicka S. 40.

²³ von Tuhr/Sieewart a. a. O. S. 133. — Dem gegenüber behauptet Nippold (Der völkerrechtliche Vertrag S. 43) — m. E. fälschlicherweise — alle Verträge seien Rechtsgeschäfte, vgl. Jedlicka S. 37.

²⁴ ZGB Art. 27.

²⁵ ZGB Art. 70 II in Verbindung mit Art. 63 II.

vate kraft seines Persönlichkeitsrechtes sein Verhalten so oder so bestimmen kann, so ist der Staat befugt, Rechtsätze für sein Verhalten, bzw. das Verhalten der Individuen, die in ihrer Gesamtheit den Staat bilden, aufzustellen. Wie aber das einmal bestimmte Verhalten der Person für sie nicht für alle Zeiten bindend ist und sie es wieder anders bestimmen kann, selbst, wenn sie sich an die Statuten eines Vereins gebunden hat, so ist auch der Staat nicht bloß befugt, ein internes Gesetz wieder aufzuheben, sondern er kann sich auch von den Regeln los-sagen, die er mit den andern Staaten vereinbart hat.²⁶

Die entwickelten Grundsätze über die Möglichkeit des Rücktritts entsprechen Treu und Glauben. Aber auch die Art des Rücktritts muß Treu und Glauben entsprechen. So wäre es offenbar unbillig, wenn ein Staat ohne stichhaltigen Grund von einem Tage auf den andern von einem rechtsetzenden Vertrage zurücktreten würde. Das kann unter Umständen für die Vertragspartner unangenehme Folgen haben. Es ist ihnen Zeit zu lassen, auch ihrerseits den Vertrag bzw. ihr rechtliches Verhalten den durch den Rücktritt des Vertragspartners geschaffenen veränderten Verhältnissen anzupassen.

Endlich sei noch auf die Schwierigkeit hingewiesen, daß in zahlreichen Fällen rechtsetzende Vertragsbestimmungen mit solchen rechtsgeschäftlichen Inhalts im gleichen Vertrage konkurrieren. Es ist dann darauf abzustellen, welcher Art von Bestimmungen erhöhte Bedeutung zukommt und der Vertrag je nach dem überwiegen der einen oder andern Art von Bestimmungen zu behandeln.

Schließlich sei noch die Frage beantwortet, was das freie Rücktrittsrecht überhaupt mit der cl. r. s. st. zu tun habe. Es trifft zu, daß der zurücktretende Staat zwar nur seinen Rücktritt erklären muß, ohne sich auf die veränderten Umstände zu berufen. Kein Kanton wird jedoch von einem Vertrage grundlos zurücktreten. Es werden für ihn immer veränderte Umstände maßgebend sein, und würden diese auch nur den Wechsel der eigenen Auffassung betreffen. Im übrigen ist es für einen Staat, besonders politisch betrachtet, ein leichtes, auf veränderte Verhältnisse hinzuweisen. Würde die Veränderung der Umstände zur ausdrücklichen Bedingung des Rücktritts gemacht, so entstünden dadurch viele Streitigkeiten, indem dieser oder jener

²⁶ Wird der Inhalt der Verträge verändert, so daß sich die Rechte eines bestimmten Vertragspartners verringern und seine Pflichten vermehren, so kann sich diese Partei auf veränderte Umstände, auf die cl. r. s. st. berufen (Egger Kommentar I Art 70, Note 5).

Vertragspartner die Aenderung der Verhältnisse als nicht relevant ansehen und dem zurücktretenden Partner das Rücktrittsrecht streitig machen würde; dieser könnte aber schon aus reinen Prestigegründen von seinem Standpunkt nicht mehr zurückweichen. Die vorgeschlagene Lösung schaltet diese unnötigen Streitigkeiten aus.

In der Schweiz ist der Rücktritt der Kantone von rechtsetzenden Verträgen entsprechend diesen Erwägungen geordnet. Früher war die Art und Weise des Rücktritts von einem Eidgenössischen Konkordat durch den Tagsatzungsbeschluß vom 25. Juli 1836 geregelt. Nach diesem war der Rücktritt vom Willen der Mehrheit der Konkordatsstände abhängig mit der Möglichkeit der Berufung an die Tagsatzung.²⁷ Diese Bestimmung ist indessen durch ein Gewohnheitsrecht beseitigt, wonach zum Rücktritt eine einfache Erklärung des zurücktretenden Kantons an den Bundesrat genügt.²⁸ Interessant ist hiezu ein Rekursentscheid des Bundesrates vom 22. Mai 1859, wo erklärt wird: „Die Befugnis, Staatsverträge, die sich nicht auf Einräumung von Privatrechten beziehen, sondern Gegenstände des öffentlichen Rechts regulieren, aufzuheben und einseitig davon zurückzutreten, kann nicht bezweifelt werden; sie wurde auch bei der Entwicklung des Schweiz. Bundesrechtes stetsfort ausgeübt.“²⁹ Auch nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung besteht für die rechtsetzenden Verträge ein freies Kündigungsrecht.^{30/31}

Immerhin sehen die meisten Verträge zwischen den Kantonen eine Kündigungsfrist vor. Der gewohnheitsrechtlichen Praxis wohl am nächsten steht die Kündigungsklausel des Konkordates über die wohnörtliche Unterstützung vom 16. Juni 1937, welche wie folgt lautet:

Art. 23 Abs. 3: Jeder Vertragskanton kann unter Beobachtung einer sechsmonatigen Kündigungsfrist auf das Ende eines Kalenderjahres von dem Konkordate zurücktreten.

²⁷ Giacometti, Staatsrecht der Kantone, S. 483, Anmerkung 5.

²⁸ Jedlicka S. 119; vgl. auch Bolle a. a. O. S. 159.

²⁹ Ullmer, Staatsrechtliche Praxis, Nr. 567.

³⁰ BGE 54 I 203.

³¹ Zu beachten ist in diesem Zusammenhang auch, daß rechtsetzende Verträge zwischen den Kantonen, welche Materien regeln, die zur Kompetenzsphäre des Bundes gehören, aufgehoben werden, wenn der Bund selbst über die Sache legiferiert (BGE I S. 196), vgl. auch Fleiner, Giacometti, Bundesstrafrecht S. 162.

Abs. 4: Mitteilungen über Beitritt und Kündigung sind an den Bundesrat zu richten, der sie den Konkordatskantonen zur Kenntnis bringt.

Im Konkordate über die Gewährung gegenseitiger Rechtshilfe zur Vollstreckung öffentlich-rechtlicher Ansprüche vom 23. August 1912 wird die Kündigung wie folgt geregelt:

Art. 7: Wenn ein Kanton von der Uebereinkunft wieder zurücktreten will, so hat er dies dem eidg. Justizdepartement zuhanden des Bundesrates zu erklären.

Der Rücktritt wird mit Ablauf des der Erklärung folgenden Kalenderjahres wirksam.

Die Uebereinkunft betreffend Polizeirapporte vom 23. Juli 1909 bestimmt in

§ 22: Die Uebereinkunft kann von den Vertragsparteien bei Jahresabschluß gekündigt werden und es tritt die Kündigung jeweilen ein Jahr nachher in Kraft.

Rechtsgeschäftliche Verträge

A. Begriff

Soeben wurde dargestellt, wie die rechtsetzenden Verträge des öffentlichen Rechts ohne große Schwierigkeiten aufgehoben werden können. Anders verhält es sich bei den rechtsgeschäftlichen Verträgen. Rechtsgeschäftliche Verträge nennt man jene öffentlich-rechtlichen Uebereinkommen, welche für die Vertragspartner finanzielle oder andere materielle Leistungspflichten begründen.¹ Fleiner² spricht von „wechselseitigen Leistungspflichten.“ M. E. brauchen aber diese Leistungspflichten nicht wechselseitig zu sein. Sie sind wechselseitig bei einem öffentlich-rechtlichen Kaufvertrag, wo sich Leistung und Gegenleistung gegenüberstehen: sie sind es jedoch meistens nicht bei einem öffentlich-rechtlichen Gesellschaftsvertrag, in welchem sich mehrere öffentl. rechtliche Verbände zur Errichtung eines gemeinsamen Werkes zusammenschließen. Hier fehlt das Austauschverhältnis der Leistungen. Die Leistungen jedes Partners sind ihrem Wesen nach gleich. Sie sind auf einen gemeinsamen Zweck, beispielsweise

¹ Nach einem Entscheide des Bundesgerichtes (BGE 54 I 203) handelt es sich beispielsweise um solche Verträge, «die, wie die Errichtung einer Staatsdienstbarkeit auf die Begründung eines konkreten Rechtsverhältnisses und darauf bezüglicher Rechte und Pflichten der Parteien, auf eine Erweiterung der Herrschaftssphäre des einen Teils auf Kosten des andern gerichtet sind».

² Fleiner a. a. O. S. 210.

auf die Errichtung einer Brücke über einen zwei Kantone begrenzenden Fluß, gerichtet.^{2*} Die rechtsgeschäftlichen öffentlich-rechtlichen Verträge lassen sich auch als durch Private geschlossen denken. Es kann sich dabei um alle Arten von Verträgen handeln, welche das Privatrecht kennt. Was sie zu öffentlich-rechtlichen Verträgen stempelt, ist ihr Zweck. Dieser besteht in der Erfüllung des öffentlichen Interesses. Von öffentlichem Interesse ist alles, was zur Erreichung des Staatszweckes, bzw. des Zweckes des öffentlich-rechtlichen Verbandes förderlich ist. Öffentliches Interesse ist demnach gleichbedeutend wie Staatserhaltung, allgemeine Wohlfahrt.

B. Die Geltung der Clausula rebus sic stantibus bei den rechtsgeschäftlichen öffentlich-rechtlichen Verträgen

Im ersten Teil dieser Abhandlung wurde die Geltung der Klausel im Privatrecht eingehend untersucht. Aus dieser Untersuchung ergab sich, daß der Grundsatz *pacta sunt servanda* bei den privatrechtlichen Verträgen nicht starr gilt, sondern im Interesse der Gerechtigkeit Durchbrechungen erfährt, sei es, daß das Gesetz bei Veränderung der Umstände eine Auflösung oder Abänderung der Verträge vorsieht, sei es, daß die Verträge auf Grund der alten Lehre von der *clausula rebus sic stantibus* unter gewissen Voraussetzungen aufgehoben oder abgeändert werden können. Die Klausel ist als Institution des privaten Vertragsrechts anerkannt.

Gilt nun die Klausel auch bei den hier in Frage stehenden öffentlich-rechtlichen Verträgen? Werden an ihre Geltendmachung im öffentlichen Recht ebensoviele und strenge Anforderungen gestellt wie im Privatrecht, oder bestehen für einen öffentlich-rechtlichen Verband höhere Interessen, von einem einmal geschlossenen Verträge zurückzutreten?

A. Egger führt in einem Gutachten³ aus, die *clausula rebus sic stantibus* werde im öffentlichen Recht durchwegs anerkannt. Wörtlich heißt es in diesem Gutachten: „Davon“ (von der Geltung der Klausel im öffentlichen Recht) „geht das Bundesgericht schon in seiner Entscheidung, Amtl. Slg. 8, 1882, 57 aus. Verpflichtungen aus öffentlich-rechtlichen Verträgen können aufgehoben werden, wenn eine Veränderung solcher Umstände eingetreten ist, die nach der erkennbaren Absicht der

^{2*} Vgl. S. 114 a.

³ Rechtsgutachten vom 29. Mai 1947 von Prof. A. Egger, Zürich, betr. die Rechtsstellung des Kantons Zürich im Verträge über den Seedamm Rapperswil, S. 24.

Parteien zur Zeit der Begründung die stillschweigende Bedingung ihres Bestandes bildeten, EBG 8, 1882. 57. Die heutige Wissenschaft des Verwaltungsrechts steht fast durchwegs auf diesem Standpunkt, es sei nur verwiesen auf Fleiner Verw.-R., 198, W. Jellinek, Verw.-R. 276, Imboden 56, E. Rübel, Komm. Zweckverband 142. Die Formulierung ist verschieden, durchwegs wird dem Ermessen der entscheidenden Behörde ein großer Spielraum gewährt. Die Auflösung wird gewährt, wenn ein öffentliches Interesse an der Auflösung besteht, Apelt 223, oder: wenn die eingetretene Aenderung bewirkt, daß bei der einen oder andern Partei die Rücksicht auf das Allgemeinwohl erfordert, von einer Willenserklärung abzugehen, deren innerer Zweck hinfällig geworden ist, oder auch: die tatsächlichen Verhältnisse haben im Laufe der Zeit so grundlegende Aenderungen erfahren, daß für den einen der Kontrahenten eine Abänderung des Vertrages ein Gebot des öffentlichen Interesses geworden ist. Das öffentliche Recht anerkennt somit die Berufung auf die *clausula* in einem über das Zivilrecht hinausgehenden Maße."

Werner Niederer äußert sich⁴ über die Anwendung der *clausula rebus sic stantibus* bei interkantonalen Verträgen wie folgt: „Die *clausula* kennt im öffentlichen Recht eine viel weitergehende Anwendung als im Privatrecht. Der Satz „*pacta sunt servanda*“ erfährt bei öffentlich-rechtlichen Verträgen durch die Anwendung der *clausula* Durchbrechungen, die auf dem Gebiete des Zivilrechts undenkbar wären. Vor allem hat, wie vom Bundesgericht ausdrücklich festgestellt wurde, bei öffentlich-rechtlichen Verträgen die *clausula* immer dann Anwendung zu finden, wenn die Vertragserfüllung wegen der veränderten Verhältnisse gegen das öffentliche Recht verstoßen würde. (Vgl. BGE 67 I 301; - vgl. ferner allgemein zur Frage der erweiterten Anwendung der *clausula* bei zwischenstaatlichen und interkantonalen Verträgen: Guggenheim, Lehrbuch des Völkerrechts, Basel 1947, S. 110 ff.; - Escher, Die Revision der internationalen Vereinbarungen, insb. S. 20, 22, 25, je unten, S. 26 ff, insbes. das Resultat auf S. 34; - Wackernagel, Zur Lehre von der einseitigen Auflösung völkerrechtlicher Verträge, in der Festgabe Speiser, 1926, S. 134 ff; - Liszt, Völkerrecht 1915, S. 186 und 1925 S. 264; - Jedlicka, Der öffentlich-rechtliche

⁴ In seiner Klagebeantwortung und Widerklage an das Bundesgericht in der Streitsache der Kantone Schwyz und St. Gallen, sowie der Schweizerischen Südostbahn gegen den Kanton Zürich betr. Vollendung des Seedammumbaus bei Rapperswil, 1948.

Vertrag im Verwaltungsrecht, Zch. Diss. 1928, S. 125; Walz, Völkerrecht und staatliches Recht, Stuttgart 1933, S. 473; Ruck, Schweiz. Verwaltungsrecht, I. Bd., 2. Aufl., Zch. 1939, S. 87; vgl. ferner BGE 8, S. 57 unten und 54 I 188 ff., insbes. S. 204(.

Die beiden Juristen geben die Auffassungen wieder, welchen man in der Literatur wie in der Judikatur über die Klausel im öffentlichen Recht häufig begegnet. Insbesondere sind es die Begriffe „Öffentliches Interesse“ und „Bindung an das öffentliche Recht“, mit denen man stets die vermehrte Geltung der Klausel im öffentlichen Recht begründet. Dabei wird aber über diese Begriffe in ihrer Stellung zur Klausel meistens nichts näheres ausgeführt.

Zur Klärung des Problems bleibt daher kein anderer Weg, als diese Begriffe in ihrer Beziehung zur Klausel näher zu untersuchen. Vorerst sollen jedoch die allgemeinen Voraussetzungen für die Geltung der Klausel im Privatrecht auf ihre Anwendung im öffentlichen Recht geprüft werden.

1. Die allgemeinen Voraussetzungen für die Geltendmachung der Klausel im Privatrecht vom öffentlichen Rechte aus gesehen

Wie sich weiter vorn ergeben hat, wird im Privatrecht einer Berufung auf die *clausula rebus sic stantibus* nur stattgegeben, wenn eine derart unvorhersehbare, unverschuldete, überindividuelle, außerordentliche Veränderung der Umstände eingetreten ist, daß ein weiteres Festhalten am Vertrage ein Mißverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung der Vertragspartner bewirken würde, das unter Beachtung aller Umstände als eine Ausbeutung der Zwangslage des Schuldners erscheinen müßte.

Unvorhersehbarkeit⁶

Es ist anzunehmen, daß die Unvorhersehbarkeit der veränderten Umstände auch im öffentlichen Recht gegeben sein muß. Ohne diese Voraussetzung ist die öffentlich-rechtliche Klausellehre kaum denkbar. Es wird auch kein öffentlich-rechtlicher Verband einen Vertrag schließen, obwohl er eine für ihn ungünstige Wendung der Dinge voraussieht. Wenn ein öffentlich-rechtlicher Verband dies dennoch tut, so muß er die Konsequenzen für sein widersinniges Verhalten selber tragen.

⁵ Vgl. S. 82 ff.

⁶ Vgl. S. 21.

Jedoch darf die Voraussetzung der Unvorhersehbarkeit nicht als Anfang und Ende der öffentlich-rechtlichen Klausellehre betrachtet werden. Die Unvorhersehbarkeit ist nur eine der Voraussetzungen für die Geltendmachung der Klausel im öffentlichen Recht. Das bleibt sich auch gleich, wenn statt von Unvorhersehbarkeit von hypothetischem Parteiwillen gesprochen wird. Das Bundesgericht hat zwar schon entschieden,⁷ daß jedenfalls soviel unbestritten sei, „daß Verträge... dann vom Verpflichteten einseitig aufgehoben werden können... wenn eine Veränderung solcher Umstände eingetreten ist, welche nach der erkennbaren Absicht der Parteien zur Zeit ihrer Begründung die stillschweigende Bedingung ihres Bestandes bildeten.“⁸ Auch in neueren Entscheiden⁹ hat das Bundesgericht wieder auf den hypothetischen Parteiwillen verwiesen. M. E. hat aber der hypothetische Parteiwillen nur die Bedeutung der Unvorhersehbarkeit im allgemeinen, und in diesem Sinne ist er nur eine der Voraussetzungen für die Geltendmachung der Klausel.

Schuldlosigkeit¹⁰

Im privatrechtlichen Teil dieser Abhandlung wurde hinsichtlich dieser Voraussetzung dargelegt, daß aus eigenem Verschulden keine Rechte abgeleitet werden sollen. Das gilt als allgemeiner Rechtsgrundsatz auch im öffentlichen Recht. Auch im öffentlichen Recht verlangt die Vertragstreue, daß nichts unternommen wird, das den Vertrag zu Fall bringen könnte.¹¹

der veränderten Umstände¹² Ueberindividuelle Natur

Auch auf diese Voraussetzung kann in der öffentlich-rechtlichen Klausellehre nicht verzichtet werden. Kein öffentlich-rechtlicher Verband kann rechtlich verpflichtet werden, besondere Umstände, welche nur den Vertragspartner treffen, mitzutragen.

⁷ In BGE VIII S. 57.

⁸ In GGE 54 I 188 fragt sich das Bundesgericht bezüglich dieses Urteils, „ob soweit wirklich gegangen werden dürfte“.

⁹ Vgl. BGE 47 II 318; 67 I 299.

¹⁰ Vgl. S. 22.

¹¹ VVgl. hierzu auch BGE 66 I 306 wo ausgeführt wird: „... so stützt sich die Klage auf einen Rechtssatz des Bundes, nämlich auf den ungeschriebenen, auch für die verwaltungsrechtlichen Verträge des Bundes geltenden Satz *pacta sunt servanda*, d. h. den Satz: die vertragsschließenden Parteien bleiben nach Maßgabe der von ihnen abgegebenen Willenserklärungen an den Vertragszweck gebunden und unterliegen der Verpflichtung, alles zur Verwirklichung des Vertragsinhaltes zu tun, was für sie im Bereiche des Möglichen und Erlaubten liegt.“

¹² Vgl. S. 23.

Dies umso weniger, als sich die öffentlich-rechtlichen Verbände im Vertrage meistens unabhängiger gegenüber stehen als private Vertragsparteien.

Jedoch muß hier auf folgenden Umstand hingewiesen werden: Die *clausula rebus sic stantibus* ist im Privatrecht ein Lückenbüßer. Sie wird erst angerufen, wenn kein anderer Rechtssatz zu einer gerechten Lösung führt. Eine Katastrophe, welche nur einen Vertragspartner trifft, ist privatrechtlich kein Grund zur Berufung auf die Klausel, weil ja in besonderen Härtefällen diesfalls mit dem Rechtsinstitut der Unmöglichkeit der Erfüllung (OR Art. 119) operiert werden kann. Das öffentliche Recht kennt keinen allgemeinen Teil, in welchem das Institut der Unmöglichkeit geregelt ist. Wohl besteht aber auch im öffentlichen Recht die Möglichkeit, daß man die privatrechtlichen Regeln über die Unmöglichkeit der Erfüllung heranziehen könnte. Indessen scheint es mir der einfachere Weg zu sein, wenn man sich auf die Klausel beruft.

Außerordentlichkeit¹³

Es ist ohne weiteres anzunehmen, daß auch im öffentlichen Recht das den Vertrag beeinflussende Ereignis außerordentlich sein muß. Auch das öffentliche Recht wird sich bezüglich der *clausula rebus sic stantibus* nicht mit Bagatellfällen beschäftigen.

Indessen scheint mir, daß das Moment der Außerordentlichkeit weniger auf finanziellem Gebiet zu liegen braucht als auf dem des öffentlichen Interesses. So ergeben beispielsweise Interessen der Landesverteidigung bald einen außerordentlichen Grund zur Aufhebung von öffentlich-rechtlichen Verträgen, weil die Selbsterhaltung des Staates eben über allem steht.

Mißverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung

Ausbeutung der Zwangslage des Schuldners¹⁴

Schon bei der Prüfung der Außerordentlichkeit als Voraussetzung der öffentlich-rechtlichen Klausellehre mußte der Begriff des öffentlichen Interesses herangezogen werden. Bei den hier zu behandelnden Voraussetzungen muß noch mehr auf das öffentliche Interesse abgestellt werden, da die Begriffe Mißverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung und Ausbeu-

¹³ Vgl. S. 21.

¹⁴ Vgl. S. 23 ff.

tung der Zwangslage des Schuldners gänzlich auf das Privatrecht abgestimmt sind. In vielen Fällen, beispielsweise solchen, bei denen die Staatserhaltung im Spiele steht, sind sie überhaupt unbrauchbar, während sie bei andern als wichtige Anhaltspunkte für die Prüfung der Anwendbarkeit der *clausula rebus sic stantibus* verwertet werden können. Man wird sich auf sie im öffentlichen Recht berufen, wenn bei dem zu behandelnden Fall das öffentliche Interesse nur eine nebensächliche oder überhaupt keine Rolle spielt, bezw. das öffentliche Interesse in der Verhinderung einer wucherischen Ausbeutung besteht.^{14*}

2. *Besondere Voraussetzungen für die Geltendmachung der Klausel bei öffentlich-rechtlichen, rechtsgeschäftlichen Verträgen*

Das öffentliche Interesse

Soeben wurde dargelegt, daß für die vermehrte Geltung der Klausel im öffentlichen Recht meist mit dem Begriff des öffentlichen Interesses argumentiert werde. Apelt, der als erster den öffentlich-rechtlichen Vertrag einer eingehenden Würdigung unterzog, führte aus:¹⁵ „Die Förderung und Sicherung des Allgemeinwohls, dessen Bedürfnisse den Hintergrund für alle Rechtsverhältnisse des öffentlichen Rechts abgeben, steht über der Durchführung des Parteiwillens, der auch bei der rechtsgeschäftlichen Ordnung eines Tatbestandes zurückweichen muß, sobald er mit dem öffentlichen Interesse zusammenstößt.“ Die meisten Schriftsteller, welche nach Apelt den öffentlich-rechtlichen Vertrag behandeln, stellen ebenfalls das öffentliche Interesse in den Mittelpunkt der Klausellehre des öffentlichen Rechts. In einem Streitfall zwischen den Kantonen Luzern und Aargau über einen im Jahre 1830 abgeschlossenen Vertrag, kraft dessen ersterer Kanton dem letzteren die Vornahme gewisser steuerhoheitlichen Akte auf seinem Territorium zugestand, hat sich das Schweiz. Bundesgericht ebenfalls mit der *clausula rebus sic stantibus* befaßt und dabei u. a. folgendes ins Feld geführt:¹⁶ „... Jedenfalls sei soviel unbestritten, daß Verträge... dann vom Verpflichteten einseitig aufgehoben werden können, wenn ihr Fortbestand mit den Lebensbedingungen des verpflichteten Staates als selbständiges Gemeinwesen oder dessen wesentlichen Zwecken unvereinbar ist...“

^{14a} Vgl. hiezu folgende Entscheide, bei welchen bewußt oder unbewußt ganz nach privatrechtlichem Gedankengang entschieden wurde: Burckhardt, Schweiz. Bundesrecht a. a. O. Nr. 1071 und 2426.

¹⁵ a. a. O. S. 218.

Wenn nun behauptet wird, das öffentliche Interesse bilde einen Aufhebungsgrund für die öffentlich-rechtlichen Verträge, so haben wir uns mit diesem Begriff näher auseinanderzusetzen. Von öffentlichem Interesse ist alles, was der Staatszweck erheischt. Unter den Begriff des öffentlichen Interesses fallen vor allem die Sorge um den Bestand und die Unabhängigkeit eines Staates, die Aufrechterhaltung von Ruhe und Ordnung im Innern, wie die Beförderung der allgemeinen Wohlfahrt. Gerade aber die Beförderung der allgemeinen Wohlfahrt bringt dem Staate kleine und kleinste Aufgaben. Bildet nun jedes Bestreben des Staates, die allgemeine Wohlfahrt zu fördern, einen Aufhebungsgrund für öffentlich-rechtliche Verträge? Es versteht sich, daß der Begriff des öffentlichen Interesses, soweit er die Klausel betrifft, nicht jede Kleinigkeit umfaßt, welche dem Staate als Aufgabe zugewiesen ist. Jedoch ist es unmöglich, den Inhalt dieses Interesses näher zu umschreiben, da es sich bei jedem einzelnen Fall von einer anderen Seite zeigt. M. E. muß jedoch das öffentliche Interesse, welches das Recht gibt, die Klausel geltend zu machen, die Lebensbedingungen des verpflichteten Staates als selbständiges Gemeinwesen oder dessen wesentlichen Zwecke betreffen,¹⁶ d. h., es muß sich um bedeutende öffentliche Interessen handeln. Sodann muß noch betont werden, daß das öffentliche Interesse an und für sich keinen Aufhebungsgrund für Verträge bildet, sondern es müssen notwendigerweise noch veränderte Umstände, wie sie vorher umschrieben wurden, vorliegen.

Verfassungs- und gesetzesmäßige Schranken

In BGE 67 I 277 ff. erklärt das Bundesgericht, daß die Behörden rechtlich viel stärker gebunden seien als private Parteien nach Zivilrecht. „Sie haben sich ja beim Abschluß solcher Vereinbarungen (Anm.: Publizistische Abkommen zwischen öffentlich-rechtlichen Körperschaften) an die bestehenden Vorschriften des öffentlichen Rechts zu halten und sollen im übrigen nach pflichtgemäßem Ermessen handeln. Ändern sich die Verhältnisse in einer Weise, daß die Vollziehung des Vertrages nunmehr ganz oder teilweise gegen zwingende Vorschriften verstoßen würde oder schlechterdings nicht mehr durch das behördliche Ermessen gedeckt wäre, so muß der Vertrag, soweit es der Fall ist, dahinfallen oder der neuen Sachlage angepaßt werden.“ Gemäl.

¹⁶ BGE VIII S. 57.

¹⁶ Vgl. BGE VIII S. 57.

diesem Entscheid scheint es, daß gegen zwingende Vorschriften des öffentlichen Rechts, also Verfassung und Gesetze, ein öffentlich-rechtlicher Vertrag nicht erfüllt zu werden braucht. Auch Apelt¹⁷ ist der Auffassung, daß neben dem zwingenden öffentlichen Recht kein Raum mehr für vertragliche Abmachungen bleibt. Weiter nimmt er an, daß ein Vertrag, dessen Inhalt der Ausführung eines Rechtssatzes zu dienen bestimmt ist, dann als erloschen betrachtet werden muß, wenn der Rechtssatz, auf dem er beruht, beseitigt oder abgeändert worden ist. Forsthoff¹⁸ ist der Ansicht, daß ein Vertrag dann dahinfällt, wenn ein Gesetz ausdrücklich in den Vertragsinhalt eingreift. Auch könne sich durch später erlassene Gesetze die gesamte Sachlage derart ändern, daß die Voraussetzungen der Klausel gegeben seien.

Ich glaube nicht, daß man dieses Problem so leicht nehmen darf, wie es die eben angeführte Literatur und Praxis nimmt. Würden diese Grundsätze durchdringen, so wäre es für den durch Verträge belasteten Staat ein leichtes, von diesen Bindungen wegzukommen, er brauchte nur Gesetze zu erlassen, um von den sich aus den Verträgen ergebenden Bindungen wegzukommen. M. E. hat der Grundsatz, daß zwingende Bestimmungen einen Einfluß auf die Vertragserfüllung auszuüben vermögen, nur dann Gültigkeit, wenn der Erlaß des gegen den Vertrag verstoßenden Gesetzes von Faktoren abhängt, welche außerhalb des Machtbereiches des gesetzgebenden Staates liegen, denn die Vertragsparteien haben nach den allgemeinen Grundsätzen des Vertragsrechts alles zu unternehmen, um den Vertrag zu erfüllen, bezw. alles zu unterlassen, was die Vertragserfüllung hindern könnte.¹⁹ Das Bundesgericht kommt denn auch in BGE 54 I 203 zu folgendem Schluß: „Es ist ferner anerkannten Rechtes, daß auch Aenderungen in der internen Gesetzgebung und sogar in der Verfassung des belasteten Teiles ein Kündigungsrecht gegenüber einer Bindung der vorliegenden Art (rechtsgeschäftlicher Vertrag) nicht begründen können.“ Ebenso wird schon in BGE 49 194 ausgeführt: „Es ist ein anerkannter und durchaus unbestrittener Grundsatz des internationalen Rechts, daß Veränderungen in der Regierungsform und der inneren Organisation eines Staates grundsätzlich auf seine internationalen Pflichten keinen Einfluß ausüben, insbesondere die Rechte und Pflichten aus von ihm eingegangenen Verträgen nicht aufzuheben vermögen.“

¹⁷ a. a. O. S. 217.

¹⁸ a. a. O. S. 214.

¹⁹ Vgl. BGE 66 I 306.

Interessant ist auch die Stellungnahme des Bundesgerichtes in seinem Urteil zum Seedammstreit. Die Kantone St. Gallen, Schwyz und Zürich, sowie die Schweizerische Südostbahn kamen vertraglich überein, die Seedammstraße zwischen Rapperswil und Gwatt bei Pfäffikon (Schwyz) und das Trassé der Schweizerischen Südostbahn von Rapperswil bis Pfäffikon (Schwyz) umzubauen. Gemäß Vertrag übernahm Zürich von den Baukosten von total Fr. 3 300 000.—, Fr. 610 000.—. Davon bewilligte der Zürcher Kantonsrat Fr. 400 000.—. Weitere Beträge wurden von der Stadt Zürich aufgebracht. Mit dem Bau des Werkes wurde Mitte April 1939 begonnen, und er hätte in zwei Jahren beendet sein sollen. Indessen wurden die Arbeiten im September 1939 durch den Ausbruch des zweiten Weltkrieges unterbrochen, und sie konnten in der Folge nur nach und nach und unter erschwerten Bedingungen aufgenommen und bis 1944 weitergeführt werden. Infolge der inzwischen eingetretenen Steigerung der Materialpreise und Löhne konnte das Baubudget nicht eingehalten werden. Die für den Bau zur Verfügung stehenden Mittel wurden aufgebraucht, das Bauprogramm jedoch nur teilweise durchgeführt. Die Kosten für die Fertigstellung des noch verbleibenden Teils des ursprünglichen Bauprogramms wurden mit Fr. 2 930 000.— veranschlagt. Der Bund sicherte an diese Summe eine Nachsubvention von $33\frac{1}{3}\%$ zu. Sofern der Restbetrag unter den Partnern am Seedammvertrag im Verhältnis der im Verträge festgesetzten Kostenbeteiligung hätte verteilt werden sollen, so wäre auf den Kanton Zürich noch ein Anteil von Fr. 605 000.— entfallen. Der Kanton Zürich lehnte jedoch seine Verpflichtung zur Teilnahme an der Nachfinanzierung ab. Er war jedoch bereit, einen freiwilligen Beitrag zu leisten, der aber Fr. 500 000.— nicht hätte übersteigen dürfen. Er berief sich u. a. darauf, daß der bei quotaler Aufteilung zu übernehmende Anteil an der Kostenüberschreitung die Kreditkompetenz des Kantonsrates übersteige, die vertragliche Übernahme einer solchen Verpflichtung durch den Regierungsrat eine Ermessensüberschreitung wäre und zu einer Umgehung der nach kantonalem Verfassungsrecht für die Kreditbewilligung zuständigen Behörde führen würde; die Vollziehung einer solchen Abrede würde eine Verletzung zwingender Vorschriften des zürcherischen Rechts, nämlich Art. 30, Abs. 2, Ziff. 2 in Verbindung mit Art. 36, Ziff. 3 der Kantonsverfassung bedeuten, wonach neue Kredite von Fr. 500 000.— und mehr vom Volke bewilligt werden müssen. Es liege hier eine Aenderung der Verhältnisse vor, wie sie in BGE 67 I 277 ff. als Grund für

die richterliche Aufhebung und Abänderung der Bestimmungen öffentlicher Verträge gekennzeichnet worden sei. Das Bundesgericht zog in Erwägung:²⁰ „Die Auffassung, daß der Kostenbeteiligung des Kantons Zürich in diesem Umfange ein verfassungsmäßiges Hindernis entgegenstehe, ist unbegründet. Allerdings unterliegen im Kanton Zürich neue einmalige Ausgaben für einen bestimmten Zweck, die Fr. 500 000.— übersteigen, der Volksabstimmung (KV Art. 30, Abs. 2, Ziff. 2 in Verbindung mit Art. 31, Ziff. 5). Nach den letzten im Prozesse vorgelegten Kostenberechnungen würde der Anteil des Kantons Zürich an den gemeinsamen Kosten Fr. 500 000.— übersteigen. Indessen beruht der Beitrag, den der Kanton Zürich hier zu leisten haben wird, auf einer vor Jahren eingegangenen vertraglichen Verpflichtung, führt also nicht zu einer Ausgabe, über die Behörde und Volk nach freiem Ermessen entscheiden könnten. Er ist eine „gebundene“ Ausgabe im Sinne der Staatsrechtslehre und unterliegt als solche dem Finanzreferendum nicht (Urteil des Bundesgerichtes vom 29. April 1932 i. S. Cottier, Erw. 4, nicht publiziert, vgl. auch die nicht publizierten Urteile vom 16. Oktober 1947 i. S. Lussi und vom 25. November 1948 i. S. Hangartner). Fragen könnte sich höchstens, ob der Seedammvertrag bei seinem Abschluß im Jahre 1938 dem Volke zu unterbreiten gewesen wäre im Hinblick auf die unter Umständen daraus entstehende finanzielle Belastung. Der Kostenanteil des Kantons Zürich machte nach Vertrag Fr. 610 000.— aus; er überstieg die Grenze der Zuständigkeit des Kantonsrates. Doch wurde die Beteiligung des Kantons am Verträge ohne Volksbefragung damals als zulässig befunden, weil eine teilweise Deckung des vertraglich budgetierten Kostenanteils durch einen Beitrag der Stadt Zürich und durch Heranziehung von Krediten für besondere Zwecke gefunden werden konnte. Eine Mehrbelastung, wie sie heute durch außerordentliche Verhältnisse eingetreten ist, war nicht vorauszusehen. Der Kanton Zürich hat die Gültigkeit des Vertragsabschlusses denn auch nie in Abrede gestellt, sondern lediglich Einwendungen aus dem Verträge selbst und aus der seitherigen Entwicklung der Verhältnisse erhoben. Eine Befreiung von dem der Beteiligung am Seedammvertrag entsprechenden Beitrag an die Kosten der Vollendung des angefangenen Gemeinschaftswerkes läßt sich aber damit nicht rechtfertigen.“ Es ist nicht zu verkennen, daß durch diese Begründung die frühere Auffassung des Bundesgerichtes.

²⁰ Seedammstreit Erwägungen 2 lit. f. — Vgl. auch BGE 65 I 300.

daß öffentlich-rechtliche Verträge sich im Rahmen der zwingenden Vorschriften des öffentlichen Rechts und des behördlichen Ermessens halten müssen, auch wenn sich die tatsächlichen Verhältnisse ändern,²¹ wenn auch nicht ausdrücklich, so doch tatsächlich stark eingeengt wird. Besonders interessant ist die Argumentation mit dem Begriff der „gebundenen“ Ausgabe.²²

Zusammenfassend ergibt sich:

Die *clausula rebus sic stantibus* steht in folgenden Beziehungen zum Gesetz:

1. Die Verhältnisse ändern sich; das Gesetz bleibt gleich.
2. Das Gesetz ändert sich; die Verhältnisse bleiben gleich.

Ad 1.: Hier schafft die Erfüllung des Vertrages einen Widerspruch zum Gesetz. Das Gesetz verbietet die Vertragserfüllung, der Vertrag gebietet sie. Ist auf das Gesetz oder auf den Vertrag abzustellen? Das Gesetz gilt innerstaatlich. Ein öffentlich-rechtlicher Verband besitzt kein Recht, über andere öffentlich-rechtliche Verbände zu legislieren. Der Vertrag wird jedoch nicht mit einem Bürger geschlossen, welcher den Gesetzen des öffentlich-rechtlichen Verbandes untersteht, sondern mit einem Vertragspartner, welchen die Gesetze nur insoweit betreffen, als die Behörde mit ihm nur solche Verträge schließen darf, welche die Gesetze zulassen. Bei einer Veränderung in den Umständen kann dem Vertragspartner das Gesetz nicht entgegengehalten werden, wohl aber die veränderten Umstände selber und möglicherweise das öffentliche Interesse.

Ad 2.: Durch den Vertragsschluß verpflichtet sich der öffentlich-rechtliche Verband, alles zu unternehmen, um die Erfüllung des Vertrages sicher zu stellen. Diese Verpflichtung enthält in sich auch das Verbot, ein Gesetz zu erlassen, das dem Vertrage widerspricht. Ein Gesetz, das gegen die Erfüllung eines Vertrages erlassen wird, kann nicht als Veränderung in den Umständen betrachtet werden, denn, wie weiter vorn festgestellt wurde, legitimieren selbstverschuldete Veränderungen der Verhältnisse nicht zur Berufung auf die Klausel.

Aus den Ausführungen ad 1. und 2. ergibt sich, daß das interne Recht des öffentlich-rechtlichen Verbandes weder im

²¹ Vgl. insbesondere 67 I 277 ff.

²² Vgl. auch Burckhardt Kommentar S. 687.

^{22a} Ruck a. a. O. S. 162 ff. — Burckhardt, Kommentar, S. 673 ff.

einen noch im andern Falle einen Einfluß auf einen öffentlich-rechtlichen Vertrag auszuüben vermag.

Anmerkung

Auf S. 47 wurde darauf hingewiesen, daß die Literatur verschiedene Arten von Verträgen zwischen öffentlich-rechtlichen Verbänden unterscheidet,²³ ja daß im öffentlichen Recht sozusagen alle Arten von Verträgen, welche das Privatrecht kennt, möglich sind. Es erhebt sich daher die Frage, ob der Klausel bei allen diesen Arten von Verträgen die gleiche Bedeutung zukomme. Allgemein ist davon auszugehen, daß alle öffentlich-rechtlichen Verträge privatrechtlichen Vorbildern nachgebildet sind. Deswegen sind aber die privatrechtlichen Grundsätze der einzelnen Vertragstypen für die entsprechenden Typen des öffentlichen Rechts nicht ohne weiteres maßgebend. Namentlich gelten im öffentlichen Recht andere Aufhebungsgrundsätze. Während die Klausel im privaten Vertragsrecht nicht mehr als eine Lückenbüßerin ist, die dann eintritt, wenn der Vertrag nicht auf Grund spezieller Vorschriften aufgehoben werden kann, bildet die Klausel im öffentlichen Recht ein eigentliches Institut für die Aufhebung bzw. Abänderung von Verträgen. Trotzdem ist aber bei der konkreten Frage, ob die Klausel im öffentlichen Recht bei einem bestimmten Vertragstyp zur Anwendung gelangen könne, unter Beachtung aller Umstände darauf Rücksicht zu nehmen, wie das Privatrecht die Aufhebung beim entsprechenden Vertragstyp regelt.

C. Form der Geltendmachung und Wirkung der Klausel

Ueber die Form des Rücktritts sei noch ausgeführt, daß der Vertrag auf keinen Fall bei Eintreten von veränderten Umständen ipso jure erlischt. „Der Staat, welcher von diesem Rechte (Rücktritt auf Grund der Klausel) Gebrauch machen will, muß seinen dahingehenden Willen in den Formen des Völkerrechts (Kündigung) dem Vertragspartner eröffnen.“²⁴ Die Kündigung muß überdies rechtzeitig erfolgen, d. h. die Veränderung in den Umständen muß, um als Rücktrittsgrund gelten zu können, von dem Teil, der daraus Rechte herleiten will, innert angemessener Frist angerufen werden, seitdem sie sich mit Sicherheit feststellen ließ. „Läßt die belastete Partei trotzdem das

²³ Vgl. auch auf S. 69, wo hervorgehoben wurde, daß die rechtsgeschäftlichen Verträge insbesondere in zwei Haupttypen, wechselseitige Verträge und solche, die auf die Erreichung eines gemeinsamen Zweckes hinzielen, zerfallen.

²⁴ BGE 49 I 197.

Verhältnis noch während Jahrzehnten fortbestehen, so gibt sie damit auch zu erkennen, daß sie den weggefallenen Tatsachen selbst nicht die Bedeutung einer stillschweigenden Vertragsbedingung... beilegt, und kann nach den Grundsätzen von Treu und Glauben, die auch die zwischenstaatlichen Beziehungen beherrschen müssen, darauf nicht nachträglich wieder zurückkommen, um einen von ihr versuchten Rücktritt von dem Verhältnis zu begründen (Waldkirch, Völkerrecht S. 223)".²⁵

Neuerdings hat das Bundesgericht im Urteil über den Seedammstreit²⁶ wiederum darauf hingewiesen, daß die Klausel rechtzeitig geltend gemacht werden müsse. Es führte aus: „Allerdings hat das Bundesgericht festgestellt, daß publizistische Abkommen bei veränderten Verhältnissen unter Umständen dahinfallen und der neuen Sachlage angepaßt werden müssen (BGE 67 I 301). Hier hätte es sich fragen können, ob eine solche Anpassung vorzunehmen sei. Die Anpassung hätte aber nur in einer Abänderung des Bauprogramms bestehen können. Im Seedammvertrag ist denn auch die Möglichkeit vorgesehen, daß sich bei Ausführung der Arbeiten die Notwendigkeit erweisen könnte, „grundsätzliche Abweichungen vom Projekt“ vorzunehmen (Art. 6, lit b, Ziff. 6). Eine Anpassung, Umgestaltung des Projektes im Hinblick auf die Kostenteuerung, wäre eine solche „grundsätzliche Abweichung“ gewesen. Sie hätte aber in dem Zeitpunkt verlangt werden müssen, in welchem sich die Schwierigkeiten in der Durchführung des Baus und die Teuerung geltend zu machen begannen und in dem eine Anpassung des Projektes noch möglich war (vgl. BGE 54 I 204 f). Damals hat sich aber die Seedammkommission für die Durchführung des Baus nach dem ursprünglichen Projekt entschieden, und keines der am Seedammumbau beteiligten Gemeinwesen hat dagegen Einspruch erhoben und seine weitere Mitwirkung von einer Abänderung, Reduktion des Bauprojekts abhängig gemacht. Vielmehr wurde in Kenntnis der eingetretenen Schwierigkeiten und der Teuerung nach dem bestehenden Projekt weitergebaut. Es bestand also Einverständnis darüber, daß das Werk trotz der Teuerung gemeinsam nach Bauprojekt durchgeführt werde. Die verantwortlichen Organe der Kantone haben offenbar gefunden, es entspreche pflichtgemäßen administrativem Ermessen und sachgemäßer Wahrung der ihnen anvertrauten öffentlichen Interessen, den Seedammvertrag unverändert aufrechtzuerhalten.

²⁵ BGE 54 I 204.

²⁶ Erwägungen Ziff. 2 e.

Demgemäß ist die Seedammstraße, trotz der zu erwartenden Kosten, nach Bauprojekt begonnen worden und sie muß von den Seedammpartnern gemeinsam fertiggestellt werden. Die Kostenvermehrung wurde hier nicht durch Abänderung der Bauausführung oder Abweichungen vom Projekt, wie sie in Art. 6, lit. b, Ziff. 6 des Vertrages geordnet werden, verursacht, sondern durch die Aufrechterhaltung des Bauprojekts unter veränderten Verhältnissen. Diese entsprach aber dem übereinstimmenden Willen der Beteiligten. Unter diesen Umständen sind die Kläger berechtigt zu fordern, daß der Kanton Zürich an die Kosten der Fertigstellung des Gemeinschaftswerkes zahlt, der seinem vertraglichen Anteil an den gemeinsamen Kosten entspricht."

Bezüglich der Wirkungen der veränderten Umstände sei vorerst ganz allgemein auf die Ausführungen auf Seite 28. ff. verwiesen.

Wie im Privatrecht ergeben sich auch bei der Geltendmachung der Klausel im öffentlichen Recht zwei Möglichkeiten. Entweder ist der Vertrag aufzuheben, oder dann muß er den veränderten Verhältnissen angepaßt werden. Dies ergibt sich auch aus einer Entscheidung des Bundesgerichtes,²⁷ in welchem festgestellt wird, daß publizistische Abkommen bei veränderten Verhältnissen unter Umständen dahinfallen oder der neuen Sachlage angepaßt werden müssen.

C. Ergebnis

In der Literatur, wie auch in der älteren Judikatur, vertrat man die Auffassung, die öffentlich-rechtlichen Verträge zwischen öffentlich-rechtlichen Verbänden könnten gemäß der *clausula rebus sic stantibus* aufgehoben werden. Als Voraussetzung für die Aufhebung dieser Verträge verlangte man ganz einfach eine Veränderung der Verhältnisse, welche die Erfüllung des Vertrages als den öffentlichen Interessen entgegenstehend oder dem zwingenden Recht widersprechend erscheinen ließen. Man stützte sich dabei stark auf die völkerrechtliche Literatur. Man erwähnte dabei nichts weiteres über die Beschaffenheit dieser Voraussetzungen.

Die vorstehenden Untersuchungen haben ergeben, daß das Problem nicht so einfach ist und führten zu folgendem Ergebnis:

1. Die veränderten Umstände müssen ganz allgemein gewisse Voraussetzungen erfüllen, wie sie auch im Privatrecht verlangt werden. Die veränderten Umstände müssen namentlich sein:

²⁷ 67 I 301.

- a) unvorhersehbar,
- b) unverschuldet,
- c) überindividuell,
- d) außerordentlich.

Die privatrechtlichen Begriffe „Mißverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung“ und „Ausbeutung der Zwangslage des Schuldners“ können im öffentlichen Recht nicht als eigentliche Voraussetzungen der Klausel betrachtet werden, wohl aber müssen sie als wegweisende Ergänzungen zu der im öffentlichen Recht geltenden besonderen Voraussetzung des öffentlichen Interesses herangezogen werden.

2. Als typisch öffentlich-rechtliche Voraussetzung für die Anwendung der Klausel muß im öffentlichen Recht das öffentliche Interesse, welches gegen die Erfüllung eines Vertrages spricht, gelten. Dieses öffentliche Interesse genau zu umschreiben, ist ein Ding der Unmöglichkeit; es ist jeder einzelne Fall genau zu untersuchen. Jedenfalls kann aber gesagt werden, daß nur bedeutende öffentliche Interessen, welche die Lebensbedingungen des verpflichteten öffentlich-rechtlichen Verbandes als selbständigen Gemeinwesens oder dessen wesentliche Zwecke betreffen, Voraussetzung für die Geltendmachung der *clausula rebus sic stantibus* sein können. Verfassung und Gesetze, die einer weiteren Erfüllung des Vertrages entgegenstehen, sind nicht selbständige Voraussetzung für die Geltendmachung der Klausel. Sie erlangen nur dann Bedeutung, wenn ihre Befolgung durch das öffentliche Interesse, welches der oben angeführten Umschreibung entsprechen muß, verlangt wird.
3. Bei Eintreten von veränderten Umständen fällt der öffentlich-rechtliche Vertrag nicht von selbst dahin. Er muß gekündigt werden. Die Kündigung muß rechtzeitig, d. h. innert angemessener Frist, nachdem die veränderten Umstände festgestellt wurden, erfolgen. Je nach den Verhältnissen des einzelnen Falles bewirken die veränderten Umstände entweder die Aufhebung oder die Anpassung des Vertrages an die veränderten Verhältnisse.

§ 12. Die *Clausula rebus sic stantibus* bei öffentlich-rechtlichen Verträgen zwischen Verwaltung und Bürger

A. Begriff

Bei der Behandlung der öffentlich-rechtlichen Verträge zwischen Verwaltung und Bürger wurde oben festgestellt, daß der

Abschluß solcher Verträge eine Ausnahme in den Tätigkeitsformen der staatlichen Verwaltung darstellt. Diese Verträge stützen sich auf das Gesetz, oder sie werden zur Regelung eines Spezialfalles herangezogen, welcher im Gesetz noch keine Regelung gefunden hat. Normalerweise tritt die Behörde ihren Bürgern gegenüber grundsätzlich hoheitlich auf; sie verfügt. An ihre Verfügungen ist die Behörde in der Regel nicht gebunden, es sei denn, es handle sich um eine jener Verfügungen, welche materiell rechtskräftig werden.¹ Aber selbst die Rechtskraft dieser Verfügungen kommt ins Wanken, wenn bestimmte Voraussetzungen gegeben sind. Macht die Verwaltungsbehörde davon Gebrauch, die Beziehungen zu ihren Untertanen durch öffentlich-rechtliche Verträge zu ordnen, so muß von ihr verlangt werden, daß sie sich die Folgen vergegenwärtigt, welche der vertraglichen Regelung innewohnen und sie nicht unbesonnen vertragliche, der einseitigen Zurücknahme entzogene Bindungen eingeht.² Dies gilt insbesondere für jene Verträge, zu deren Abschluß die Verwaltung durch Gesetz ausdrücklich ermächtigt wurde.

B. Die Anrufung der Klausel durch die Behörde

a. Allgemeines

Vielfach erschöpfen sich die öffentlich-rechtlichen Verträge der Verwaltung mit ihren Untertanen in einer einmaligen Leistung, wie z. B. die Expropriationsverträge. Bei diesen Verträgen findet die Klausel entsprechend der zivilrechtlichen Regel, daß einmalige Leistungen in der Regel zumutbar seien,³ kaum Anwendung. Gänzlich ihr Recht verloren hat die Klausel bei schon erfüllten Verträgen. Andere Verträge sind auf bestimmte Zeit abgeschlossen. Ferner sind die meisten Dauerverträge mit einer Kündigungsklausel ausgestattet. Bei den Verträgen auf bestimmte Zeit sollen die Vertragsparteien, wenn sich die Vertragsdauer nicht über eine unvernünftige lange Zeitspanne erstreckt, wenn immer möglich an den Vertragsinhalt gebunden bleiben.⁴

Allgemein gesehen darf bei der Behandlung des Klauselproblems wohl davon ausgegangen werden, daß bei den Verträgen zwischen Verwaltung und Bürger, wenigstens dann, wenn die Klausel von der Behörde angerufen wird, grundsätzlich jene Regeln zur Anwendung gelangen sollten, welche im Privatrecht

¹ Vgl. Seite 56.

² Jedlicka a. a. O. S. 126.

³ Vgl. Seite 21.

⁴ Jedlicka a. a. O. S. 127.

gelten. Dies rechtfertigt sich schon aus der Ueberlegung, daß die Verwaltung, wenn sie sich auf Verträge einläßt, nicht schlechter gestellt werden sollte als Private im privatrechtlichen Vertragsrecht, da sie ja Verträge im öffentlichen Interesse schließt und nicht wie der Private in eigennützigem Gewinnstreben. Blumenstein^{4*} führt zwar aus, daß rein fiskalische Interessen keinen Grund für die Aufhebung von Steuerabmachungen bilden. Ich glaube nicht, daß im öffentlich-rechtlichen Vertragsrecht allgemein so weit gegangen werden darf, dies umso weniger, als ja im Privatrecht die Aufhebung oder Abänderung von Verträgen aus finanziellen Gründen gewährt wird.^{4**}

Im weitern muß, da der öffentlich-rechtliche Vertrag zwischen der Behörde und Privaten — wie weiter vorn festgestellt wurde — durch das öffentliche Interesse, die Prinzipien der Gesetzmäßigkeit und der Gleichheit vor dem Gesetze Richtung und Beschränkung erfährt, untersucht werden, wie sich diese Momente auf die öffentlich-rechtliche Klausellehre auswirken.

b. Das öffentliche Interesse

Bei der Untersuchung der öffentlich-rechtlichen Verträge zwischen öffentlich-rechtlichen Verbänden hinsichtlich der Klausel ergab sich, daß die Anrufung der Klausel gegeben sein sollte, wenn durch die Veränderung der Verhältnisse bedeutende öffentliche Interessen verletzt werden. Wenn aber schon bedeutende öffentliche Interessen Verträge mit gleichgestellten Vertragspartnern aus den Angeln zu heben vermögen, dann wird dieses Moment umso mehr seine Rolle bei Verträgen zwischen Behörden und untergeordneten Bürgern zu spielen vermögen. Doch selbst hier darf das wirkliche oder vermeintliche öffentliche Interesse nicht dazu verleiten, daß Verträge leichtfertig gebrochen werden. Wie sollte dann der Begriff der Vertragstreue den Bürgern noch etwas gelten, wenn der Staat, der in erster Linie dazu berufen ist, die Verträge, welche seine Untertanen miteinander schließen, zu schützen, ihn verleugnen würde? Durch den Vertrag mit dem Staate erlangt der Bürger — neben der eigenen Verpflichtung zur Erfüllung des Vertrages — ein subjektives Recht darauf, daß auch der Staat den Vertrag erfülle. Zwar schützt der moderne Staat Recht und Vermögen

^{4*} System des Steuerrechts, S. 186.

^{4**} Vgl. Mschr. f. bern. Verw. R. Bd. 46 S. 111, Entsch. Nr. 52: «Hätte die Erfüllung der im Ausscheidungsvertrag (zwischen Bürger- und Einwohnergemeinde) vorgesehenen Verpflichtungen den finanziellen Zusammenbruch einer Gemeinde zur Folge, so ist eine Herabsetzung vorzunehmen.»

der einzelnen Bürger. Dies selbst dann, wenn sich diese Rechte gegen den Staat selbst richten. Auf der andern Seite hat der heutige Staat aber dem Grundsatz zur Anerkennung verholten, daß das Gesetz zu obrigkeitlichen Eingriffen in Freiheit und Eigentum der Bürger ermächtigen darf, so oft dies das öffentliche Interesse verlangt, denn ohne diese Eingriffe vermag der Staat seine Aufgabe nicht zu erfüllen. Es kann sich nun fragen, ob der Bürger, der mit dem Staate einen öffentlich-rechtlichen Vertrag schließt, ein qualifiziertes Recht darauf habe, daß der Staat den Vertrag erfülle. Davon kann aber keine Rede sein, denn der Staat muß das öffentliche Interesse selbst dann durchsetzen können, wenn er damit seine eigenen Verpflichtungen gegen seine privaten Vertragspartner verletzen muß. Die Durchsetzung des öffentlichen Interesses steht über allem, selbst über der Vertragstreue, denn das Allgemeinwohl geht den Interessen Einzelner vor. Entsprechend den Ausführungen, die bei der Behandlung der Klausel bei den öffentlich-rechtlichen Verträgen zwischen gleichberechtigten staatlichen Verbänden gemacht wurden, muß auch hier die Intensität des öffentlichen Interesses stark, bedeutend sein. Genau umschreiben kann man jedoch die Intensität dieses öffentlichen Interesses hier ebensowenig wie im vorhergehenden Kapitel; es wird auch hier auf den einzelnen Fall abzustellen sein.

c. Gesetzmäßigkeit

Auch die hier zu behandelnde Kategorie von Verträgen ist nicht dagegen gefeit, mit dem Gesetz in Konflikt zu geraten. Wie aber verhält es sich, wenn Gesetz und Vertrag widersprechen?

Die Vorstellung von der Unverletzlichkeit des Gesetzes erweckt auch hier wieder den Anschein, daß der Vertrag dem Gesetz weichen müsse. Dieser Anschein wird noch dadurch verstärkt, daß dem Gesetz innerstaatlich eine weit größere Bedeutung zukommt als im Verkehr mit außerstaatlichen Vertragspartnern. Seinen Bürgern gegenüber besitzt der Staat ein Gesetzgebungsrecht. Die Bürger fallen unter das Gesetz. Die Behörde hat darüber zu wachen, daß das Gesetz befolgt wird. Ueber außerstaatliche Vertragspartner kann der Staat nicht legisfizieren, er kann ihnen seine Gesetze nicht aufzwingen.^{4*}

Weiter vorn haben wir festgestellt,⁵ daß die Behörde nur dann zum Vertrage greifen darf, wenn Gesetz oder Gewohnheitsrecht

⁴c Vgl. S. 76 ff.

⁵ Vgl. S. 49 ff.

die Vertragsform zulassen und sodann auch, wenn die Regelung eines individuellen Tatbestandes, der bei der Gesetzgebung nicht vorausgesehen werden konnte, durch Vertrag als zweckmäßig erscheint.

Es ist in erster Linie zu untersuchen, ob Verträge, die auf einer gesetzlichen Ermächtigung beruhen, dahinfallen, wenn das Gesetz, welches die Behörde zum Vertragsabschluß ermächtigt hat, aufgehoben wird. Apelt⁶ führt hiezu aus, „daß ein Vertrag, dessen Inhalt zur Ausführung eines Rechtsatzes bestimmt ist, dann als erloschen betrachtet werden muß, wenn der Rechtsatz, auf dem er beruht, beseitigt oder abgeändert worden ist.“ Forsthoff⁷ vertritt hingegen die Auffassung, daß die Aufhebung des Vertrages nur dann erfolgen darf, wenn das neue Gesetz die Aufhebung des Vertrages vorschreibt. Es scheint mir, daß Apelt zu weit geht, denn mit dem Dahinfallen des Gesetzes wird nichts darüber gesagt, was mit den Verträgen, welche auf ihm beruhten zu geschehen hat. Die Verwaltung hat sich an die Gesetze zu halten. Es ist jedoch gewagt zu behaupten, Verträge entbehrten der Gesetzmäßigkeit, wenn das Gesetz, auf dem sie beruhten, dahinfällt. Zur Prüfung der Frage, ob solche Verträge aufgehoben werden müssen, ist in erster Linie auf den Wortlaut und den Sinn des dahingefallenen Gesetzes abzustellen, sodann ist auch der Sinn und Wortlaut der in Frage stehenden Verträge zu untersuchen. Es kann das Gesetz den Vertrag gerade deshalb vorgesehen haben, weil das Gesetz auch Verhältnisse erfassen wollte, die selbst nach seinem Dahinfallen in einem bestimmten Sinne geregelt sein sollten. Das Weiterbestehen eines solchen Vertrages kann sich auch aus dem Prinzip der Gleichheit vor dem Gesetze ergeben.^{7*} Dies wird dann der Fall sein, wenn der Private während der Zeit, da das Gesetz in Kraft war, gegenüber seinen Mitbürgern Vorteile erlangt hat, welche nun kompensiert werden müssen. Die Auffassung Forsthoffs scheint mir deshalb zutreffender. Wenn das neue Gesetz vorschreibt, daß die Verträge, welche auf einem früheren Gesetze beruhten, aufgehoben werden müssen, so gibt es daran nichts auszusetzen; das neue Gesetz muß befolgt werden, die Verträge sind aufzuheben. Es kann sich nur noch fragen, ob der Staat Gesetze, die bestehenden Verträgen widersprechen, erlassen darf. Diese Frage muß bejaht werden, denn dieses Recht des Staates ergibt sich aus seiner Aufgabe.

⁶ a. a. O. S. 221.

⁷ a. a. O. S. 214.

^{7*} Vgl. S. 127 ff.

für das allgemeine Wohl zu sorgen. Verlangt das allgemeine Wohl, daß bestehende Verträge aufgehoben werden, so ist der Staat im öffentlichen Interesse zu deren Aufhebung ermächtigt.⁸ Wenn nun aber der Staat das Recht besitzt, durch Gesetz in bestehende Verträge einzugreifen, so stellt sich die weitere Frage, ob die durch das Dahinfallen des Vertrages geschädigten Bürger Schadenersatz beanspruchen können. Darauf wird weiter unten noch einzutreten sein.^{8*}

Sodann ist zu untersuchen, ob ein Vertrag, welcher auf Wohnheitsrecht ausschließt, stand zu halten vermag. Nachdem wir oben zum Schlusse gekommen sind, daß ein Vertrag, welcher auf einem Gesetze beruht, dahinfällt, wenn ein neues Gesetz seine Aufhebung vorschreibt, bietet diese Frage keine besonderen Schwierigkeiten, ist doch das Wohnheitsrecht nur da möglich, wo das Gesetzesrecht versagt.⁹

Schließlich haben wir uns noch mit der Frage zu befassen, ob ein Vertrag, welcher aus Gründen der Zweckmäßigkeit zur Regelung eines individuellen Tatbestandes, der bei der Gesetzgebung nicht vorausgesehen werden konnte, geschlossen wurde, weiter gilt. Das Bundesgericht¹⁰ hat hiezu folgendes festgestellt: „Auch wenn man soweit nicht gehen“, (Absolute Nichtigkeit eines Steuervertrages, wenn er nicht auf gesetzlicher Ermächtigung beruht) „und eine Ausnahme insofern als möglich anerkennen will, als es sich um eine ganz besondere Art eines Steuerpflichtigen oder sonst um einen ganz besonderen eigenartigen Einzelfall handelt, folgt daraus noch nicht die Zulässigkeit einer Bindung, diese vertragliche Sonderbehandlung selbst unter einer künftigen neuen Steuergesetzgebung fort dauern zu lassen. Denn der Grund, aus dem unter solchen Voraussetzungen vielleicht eine dem Gesetz nicht entsprechende Regelung der Steuerpflicht durch Vertrag trotz des grundsätzlich zwingenden Charakters der steuerrechtlichen Normen ausnahmsweise als zulässig erscheinen mag, kann nur darin liegen, daß der Gesetzgeber bei Erlaß der letzteren an derartige Tatbestände nicht gedacht habe, und wenn er sie ins Auge gefaßt hätte, ihnen ebenfalls in einem dem Verträge entsprechenden Sinne Rechnung getragen haben würde. Dieser Grund fällt aber mit dem Augenblick dahin, wo die bisherige gesetzliche Ordnung durch ein späteres Steuergesetz ersetzt wird, das die Steuer-

⁸ Vgl. S. 86.

^{8*} S. 98 ff.

⁹ ZGB Art. 1; Nawiasky, Allgemeine Rechtslehre S. 31.

¹⁰ BGE 57 I 358 ff.; vgl. auch ZSGV 43 S. 230 ff.

pflicht allgemein neu ordnet. Denn entweder kommen die neuen gesetzlichen Normen ebenfalls von sich aus dem betreffenden Steuerpflichtigen in gewissem Umfange entgegen. Dann ist damit auch das Maß der Vergünstigung, auf das er Anspruch machen kann, verbindlich bestimmt und ein weiteres Zugeständnis abgelehnt. Oder es ist dies nicht der Fall. Dann hat der Gesetzgeber dadurch erklärt, daß er die fraglichen Umstände nicht als erheblich und genügend für eine besondere steuerliche Behandlung betrachtet. In beiden Fällen würde die Weitergewährung der bisherigen vertraglichen Vergünstigungen auf ein Handeln gegen den unzweideutig ausgesprochenen Willen des Gesetzgebers hinauslaufen, das der Verwaltung auf diesem Gebiete nicht zustehen kann."

Ich glaube, daß man über diesen Entscheid des Bundesgerichtes diskutieren kann. Zwar bin ich auch der Auffassung, daß, wenn die neuen gesetzlichen Normen etwas über den im Vertrag in Frage stehenden Tatbestand bestimmen, dies für die Verwaltung maßgebend ist, gleichgültig ob das neue Gesetz für den konkreten Fall weiterhin Vergünstigungen gewährt oder solche verbietet. Hingegen kann ich der Erklärung des Bundesgerichtes, daß wenn die neuen Normen über den vertraglich geregelten Fall nichts verlauten lassen, der Vertrag dahinfallen muß, weil der Gesetzgeber durch sein Schweigen sagen soll, daß er die fraglichen Umstände nicht als erheblich und genügend für eine besondere Behandlung betrachtet, nicht beipflichten. Indem der Gesetzgeber schweigt, sagt er nichts, denn wir können ja nicht wissen, warum er schweigt. Es ist durchaus möglich, daß sein Schweigen auf Nichtwissen beruht; er weiß nicht um den besonderen Fall und darum sagt er nichts darüber. Es ergeben sich hier alle Schwierigkeiten, die bei der Auslegung des Gesetzes entstehen. Die richtige Lösung läßt sich hier nur dann finden, wenn man alle Momente des Falles sorgsam gegeneinander abwägt. Vielleicht lassen sich in den Gesetzesmaterialien gewissen Anhaltspunkte finden, vielleicht liegen diese in der Besonderheit des Falles selber.

d. Die Gleichheit vor dem Gesetze

Wie wir schon oben (S. 52) festgestellt haben, hält man dem öffentlich-rechtlichen Vertrag entgegen, er verletze das Prinzip der Rechtsgleichheit. Wir haben dies jedoch bestritten und dargetan, daß der Vertrag gerade die Durchsetzung des Prinzips unter allen Umständen ermögliche. Das Prinzip der Rechtsgleichheit erstrebt die Gleichbehandlung aller Bürger. Dadurch aber,

daß verschiedenartig gelagerte Fälle ungleich behandelt werden, wird die Rechtsgleichheit nicht verletzt,¹¹ im Gegenteil wäre es ungerecht, wenn man ungleiche Verhältnisse gleich behandeln würde. Der öffentlich-rechtliche Vertrag wird nun zumeist dort angewandt, wo besonders gelagerte Fälle eine besondere Behandlung verlangen. Wie verhält es sich nun aber, wenn ein Vertragsverhältnis durch den Eintritt besonderer Umstände mit dem Egalitätsprinzip in Konflikt gerät, ihm widerspricht? Das Prinzip der Rechtsgleichheit hängt eng mit dem Legalitätsprinzip zusammen, und eine Verletzung der Rechtsgleichheit wird namentlich dann eintreten, wenn Gesetze erlassen werden, welche vertraglich behandelte Fälle anders regeln. In einem solchen Falle muß der Vertrag dem Gesetze weichen, denn die Prinzipie der Gesetzmäßigkeit und der Gleichheit vor dem Gesetze gehen der Vertragstreue vor. Das Gesetz darf in keinem Punkte unvollzogen bleiben. Die Behörde darf dem einzelnen Privaten keine vertraglichen Vorrechte einräumen, und der Private, der durch einen Vertrag ungünstiger behandelt wird als es das Gesetz vorschreibt, kann sich auf die Gleichheit vor dem Gesetze berufen.¹² Man kann wohl behaupten, daß öffentlich-rechtliche Verträge eigentlich nur unter dem Vorbehalt abgeschlossen werden dürfen, daß keine Gesetze erlassen werden, die dem Verträge widersprechen. Wird ein Tatbestand, zu dessen Erfassung man wegen mangelnder gesetzlicher Grundlage zum Verträge greifen mußte, später durch Gesetz geregelt, so verlangt es das Prinzip der Rechtsgleichheit, daß der Vertrag aufgehoben und die gesetzliche Regelung befolgt wird.¹³

C. Die Anrufung der Klausel durch den Bürger

Es ist noch auf die Frage einzutreten, ob sich auch der Bürger gegen die Erfüllung öffentlich-rechtlicher Verträge auf die Klausel berufen könne. Es müßte als Ungerechtigkeit empfunden werden, wenn dem Bürger bei öffentlich-rechtlichen Verträgen Rechte, auf die er sich im privaten Vertragsrecht berufen kann, weggenommen würden, während die Behörde dadurch, daß sie sich bei diesen Verträgen noch auf das öffentliche Interesse berufen kann, ohnehin dem Privaten gegenüber besser gestellt wird. Es darf wohl angenommen werden, daß dem Bürger beim öffentlich-rechtlichen Vertrag der Behörde gegenüber die glei-

¹¹ Vgl. Burckhardt, Kommentar Art. 4 S. 29.

¹² Vgl. Fleiner a. a. O. S. 136 ff.; vgl. auch weiter unten S. 92.

¹³ Vgl. auch S. 89.

chen Rechte zustehen wie dem Privaten im privatrechtlichen Vertrag, wobei immerhin doch zu beachten ist, daß dem Bürger im öffentlichen Interesse unter Umständen eine stärkere Belastung zugemutet werden kann. Dies wird man namentlich dann berücksichtigen müssen, wenn der Bürger vor Eintritt der veränderten Umstände durch den Vertrag Vorteile erlangt hat, welche ihm bei einer hoheitlichen Behandlung nicht zugefallen wären. Eine übermäßige Belastung jedoch kann der Bürger unter dem Gesichtspunkt der Gleichberechtigung wie auch der Gesetzmäßigkeit anfechten. Hier erhalten diese Grundsätze ihre volle Wirkung. Kein Bürger kann gezwungen werden, dem Staate gegenüber mehr zu leisten, als es die Gesetze vorschreiben; kein Bürger hat dem Staate mehr zu leisten als seine Mitbürger.

D. Form der Geltendmachung und Wirkungen der Klausel

Auch die in diesem Paragraphen behandelten Verträge fallen bei Eintreten von veränderten Umständen nicht ohne weiteres dahin. Das gilt grundsätzlich auch dann, wenn die Klausel von der Behörde geltend gemacht wird. Eine Ausnahme wird in diesem Falle nur gegeben sein, wenn bedeutende öffentliche Interessen die Behörde zwingen, sofort vertragsverletzende Maßnahmen zu treffen. Daß ein solches Vorgehen jedoch nur in Fällen von äußerster Wichtigkeit am Platze ist, versteht sich von selbst.

Die Grundsätze von Treu und Glauben gebieten auch hier, daß die Kündigung rechtzeitig vorgenommen wird.

Analog der Regelung im Privatrecht und bei den publizistischen Abkommen zwischen öffentlich-rechtlichen Verbänden wird mit der Berufung auf die Klausel auch bei diesen Verträgen je nach den Umständen entweder die Aufhebung oder die Abänderung des Vertrages verlangt werden können.

Besondere Bedeutung erlangt hier die Entschädigungspflicht seitens der Behörde. Die Entschädigungspflicht spielt hier eine weit größere Rolle als im Privatrecht. Während bei Privaten die Geltendmachung der Klausel meist finanziellen Motiven entspringt, kann das öffentliche Interesse einen Klauselfall herbeiführen, ohne daß der Wert von Leistung und Gegenleistung in Frage steht. Allgemein vertritt das Bundesgericht in seinen Urteilen fortlaufend die Ansicht, ein Anspruch auf öffentlich-rechtliche Entschädigung bestehe nur, soweit er gesetzlich vor-

¹⁴ Ruck a. a. O. S. 142.

gesehen sei.¹⁴ Diese Lösung ist wohl einfach, sie kann aber in der Praxis nicht befriedigen. Ruck¹⁵ tritt für eine unterschiedliche Lösung der Entschädigungsfrage auf folgender Basis ein:

„Die öffentlich-rechtliche Entschädigung wird geschuldet, wenn sich der Entschädigungsanspruch aus dem Wortlaut, Sinn oder Zweck einer Rechtsvorschrift ergibt. Dabei erweist sich die Enteignung als der bezeichnende Anwendungsfall der öffentlich-rechtlichen Entschädigung: der Enteignete hat nach dem Recht des Bundes und aller Kantone einen Anspruch auf Entschädigung des durch die Enteignung ihm erwachsenden Vermögensschadens.

Dieser allgemein anerkannte Grundsatz der Eigentumsgarantie und der ihr entsprechenden Entschädigung bei Enteignung kann sinngemäß erstreckt werden auf Verwaltungsakte, die zwar rechtlich keine Enteignungsakte sind, die aber in ihrer tatsächlichen Wirkung für die Betroffenen ein entsprechendes Ergebnis haben wie eine formgerechte Enteignung: für die Anerkennung der Entschädigung soll nicht die Art und Form des schädigenden Aktes entscheidend sein, sondern dessen sachliche Bedeutung und Wirkung.

Einen zweiten Ausgangspunkt für die Erweiterung der öffentlich-rechtlichen Entschädigung bietet das geltende Recht in dem Rechtsgrundsatz der Rechtsgleichheit (BV Art. 4). Die schädigende Belastung durch die Verwaltung ist vielfach nicht durch wesentliche Unterschiede der Stellung und der Verhältnisse der Betroffenen gegenüber den Nichtbetroffenen begründet, sondern stellt häufig eine unverhältnismäßige Sonderbelastung der Betroffenen dar und bedeutet daher die Schaffung einer tatsächlichen, durch keinen sachlichen Grund (z. B. Strafe, Gebühr) gerechtfertigten Ungleichheit. Und wenn auch solche ungleiche Behandlung rechtlich nicht ausreicht, um den schädigenden Verwaltungsakt wegen Verletzung der Rechtsgleichheit aus der Welt zu schaffen (BV Art. 113 Abs. 1 Ziff. 3), so entspricht es doch der allgemeinen Rechtsanschauung wie der Billigkeit, daß der durch die ungleiche Behandlung in seinem Vermögen Geschädigte durch Entschädigung einen finanziellen Ausgleich erhält.

Schließlich findet die öffentlich-rechtliche Entschädigung ihre besondere Rechtfertigung in den Fällen, wo sich der schädigende Verwaltungsakt gegen ein durch die Verwaltung selbst zuvor verliehenes subjektives Recht des Betroffenen richtet, wo im

¹⁵ a. a. O. S. 143.

besonderen durch die Verwaltung in eine Konzession eingegriffen wird. Hier muß der Grundsatz gelten, daß die Verwaltung, — soweit nicht besondere Vorbehalte in Gesetz oder Konzessionsurkunde bestehen — in ihre Rechtsverleihungen zum Schaden des Beliehenen nur gegen Ersatz dieses Schadens eingreifen darf.“¹⁶ „Wenn z. B. die Verwaltung dem Konzessionär über die Konzession hinausgehende Mehrleistungen auferlegt, so hat sie die dem Konzessionär dadurch entstehenden Vermögensnachteile zu tragen: für die finanziellen Folgen solchen Selbstwiderspruchs der Verwaltung hat grundsätzlich die Verwaltung aufzukommen und nicht der Geschädigte.“

Wie wirken sich nun diese Vorschläge in unserem besonderen Falle aus? Es ist unbestritten, daß der private Vertragspartner durch den öffentlich-rechtlichen Vertrag ein subjektives Recht gegen den Staat erlangt.¹⁷ Ob dieses subjektive Recht nun vom Staate einseitig verliehen wird, wie bei der Konzession, oder aus einem Verträge erwächst, spielt keine Rolle: der Schwerpunkt liegt im subjektiven Recht gegenüber dem Staat selber. Wenn wir nun der Auffassung Rucks folgen — ich sehe keine stichhaltigen Einwände gegen seine Vorschläge — so ergibt sich, daß der Staat, welcher in die subjektiven „Rechte des Bürgers“ eingreift, diesen zu entschädigen hat. Damit soll aber nicht gesagt werden, daß jedes dahingefallene Recht aus Vertrag entschädigt werden muß. Von den echten subjektiven Rechten sind jene scheinbar subjektiven Rechte zu unterscheiden, die bei näherem Zusehen als Einbruch in die Rechtsgleichheit betrachtet werden müssen. Ich denke hier insbesondere an gegen das Prinzip der Egalität verstoßende Vorteile aus Steuerverträgen. Solche scheinbare subjektive Rechte erscheinen mir nicht als entschädigungswürdig.

Ueber die Höhe des Entschädigungsanspruches bemerkt Ruck¹⁸ folgendes: „Sie“ (die Höhe der Entschädigung) „wäre im Streitfalle durch richterliches Urteil zu bestimmen, und dabei wäre die Schadenswertung im Anschlusse an das Obligationsrecht (OR Art. 42) in das pflichtgemäße Ermessen des Richters zu stellen, der unter Berücksichtigung aller Umstände nach „Recht und Billigkeit“ (ZGB Art. 4) zu entscheiden hätte. Dabei kommt noch besonders in Betracht, daß es sich um nicht mehr als eine Ausgleichung des Schadens handeln kann. Bringt daher der

¹⁶ Vgl. BGE 65 I 302, in welchem das Bundesgericht die Entschädigungspflicht in einem solchen Falle bejaht hat.

¹⁷ Vgl. Ruck a. a. O. S. 84.

¹⁸ a. a. O. S. 143.

schädigende Verwaltungsakt dem Betroffenen auch einen Gewinn, so ist dieser Vorteil auf den Schaden zu verrechnen („Vorteilsausgleich“, „Vorteilsanrechnung“).

E. Zusammenfassung

Fragen wir nach der Bedeutung der Klausel bei öffentlich-rechtlichen Verträgen zwischen der Behörde und Privaten, so kommt es in erster Linie darauf an, ob die Klausel von der Behörde oder vom privaten Vertragspartner angerufen wird. Im ersten Falle ist anzunehmen, daß die Behörde sich jedenfalls auf die Klausel berufen kann, wenn die Voraussetzungen, welche das Privatrecht an die Geltendmachung der Klausel stellt, gegeben sind. Sodann ist die Behörde auch berechtigt, die Klausel anzurufen, wenn bedeutende öffentliche Interessen eine Aufhebung der Abänderung des Vertrages erheischen. An die Intensität des öffentlichen Interesses sind strenge Anforderungen zu stellen. Im weitem ist anzunehmen, daß sich die Behörde auf die Klausel berufen kann, wenn ein Vertrag mit der Gesetzgebung in Widerspruch gerät. Wir halten jedoch dafür, daß sich das Gesetz entschieden gegen den Vertrag aussprechen muß, sei es, daß es einen früheren Vertrag ausdrücklich aufhebt, sei es daß es einen Tatbestand, der in einem Verträge geregelt wurde, nun selbst regelt. Die Respektierung des Gesetzes wird auch durch das Prinzip der Rechtsgleichheit verlangt. Es geht nicht an, daß die Behörde das Gesetz nur gewissen Bürgern gegenüber zur Anwendung bringt, während sie andern Bürgern gegenüber ein gleiches Verhältnis auf einem Vertrag beruhen läßt.

Der Bürger als Vertragspartner der Behörde kann sich auf die Klausel berufen, wenn die privatrechtlichen Voraussetzungen des Intituts erfüllt sind. Die Grundsätze der Gesetzmäßigkeit und der Gleichberechtigung spielen eine Rolle, wenn durch die veränderten Umstände der Bürger weit mehr belastet wird als seine Volksgenossen.

Veränderte Umstände geben den Parteien nicht ohne weiteres das Recht, vom Verträge zurückzutreten. Auch die Behörde hat bei veränderten Umständen den Vertrag ordnungsgemäß zu kündigen, es sei denn, bedeutende öffentliche Interessen würden sie zur Durchführung von Sofortmaßnahmen zwingen.

Die Kündigung hat rechtzeitig nach Eintritt der veränderten Umständen zu erfolgen.

Auf Grund der Klausel kann der Vertrag entweder ganz aufgehoben werden, oder er muß eine Anpassung an die veränderten Umstände erfahren.

Werden durch die Aufhebung eines öffentlich-rechtlichen Vertrages subjektive Rechte des Bürgers verletzt, so ist der Staat entschädigungspflichtig, es sei denn, eine Entschädigung würde dem Prinzip der Rechtsgleichheit widersprechen.

§ 13. Die Clausula rebus sic stantibus bei öffentlich-rechtlichen Vertrag zwischen Privaten

Bei der Berufung auf die Clausula rebus sic stantibus bei öffentlich-rechtlichen Verträgen zwischen Privaten ist zu unterscheiden:

1. Das Verhältnis der Vertragsparteien (Privaten) untereinander.
2. Das Verhältnis des Staates zu den einzelnen Vertragsparteien in bezug auf die einzelnen Leistungen.
3. Das Verhältnis des Staates zu den beiden bzw. allen Vertragsparteien bezüglich der ganzen Vertragsleistung.

Es ist davon auszugehen, daß ein Vertragsverhältnis nur zwischen den Privaten besteht. Der Staat selbst steht nicht in vertraglicher Beziehung mit den Parteien. Sein Verhältnis zu den Parteien ist das der Verfügung.

Im Verhältnis der Vertragsparteien zueinander sollte der Rücktritt möglich sein, wenn die privatrechtlichen Voraussetzungen der Clausula erfüllt sind. Jedoch muß der Rücktritt bzw. die Abänderung des Vertrages von der Verwaltung genehmigt werden, denn sie hat für die Erfüllung des öffentlichen Interesses zu sorgen.

Da das Verhältnis des Staates zu den Vertragsparteien ein hoheitliches ist, so kann der Staat ein anderes Leistungsverhältnis zwischen den Parteien verfügen, wenn es das öffentliche Interesse erheischt.

Ebenso kann die Verwaltung in bezug auf die Gesamtleistung verfügen, daß sie den Vertrag als nicht mehr bestehend crachte. Bei der Festsetzung einer neuen Gesamtleistung steht es dem Staat unter Vorbehalt der gesetzlichen Regelung frei, entweder die Parteien eine Neuverteilung der neuen Leistung verabreden zu lassen, oder er kann die einzelnen Leistungen der Parteien verbindlich festsetzen.

Literaturverzeichnis

- Apelt Willibalt, Der verwaltungsrechtliche Vertrag, Leipzig 1920.
- Beetschen Bruno, Die materielle Rechtskraft der Verfügungen, Zürcher Diss. 1923.
- Burckhardt Walter, Der Vertrag im Privatrecht und im öffentlichen Recht, in Festgabe der jur. Fakultät der Universität Bern zur Feier des 50jährigen Bestehens des Bundesgerichtes, Bern 1924.
- Burckhardt Walter, Kommentar der Schweizerischen Bundesverfassung, 3. Aufl. Bern 1931.
- Bürgi Werner, Ursprung und Bedeutung der Begriffe «Treu und Glauben» und «Billigkeit» im Schweizerischen Zivilrecht, in Abhandlungen zum Schweiz. Recht NF 157 Bern 1939.
- Fleiner Fritz, Einzelrecht und öffentliches Interesse, Tübingen 1908.
- Fleiner Fritz, Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts, 8. A. Tübingen 1928, Neudruck Zürich 1939.
- Forsthoff Ernst, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, I, München und Berlin 1950.
- Giacometti Z., Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Neubearbeitung der ersten Hälfte des gleichnamigen Werkes von Fritz Fleiner, Zürich 1949.
- Giacometti Z., Das Staatsrecht der Schweizerischen Kantone, Zürich 1941.
- Giacometti Z., Ueber die Grenzziehung zwischen Zivilrechts- und Verwaltungsrechtsinstituten in der Judikatur des Schweizerischen Bundesgerichts, Tübingen 1924.
- Guggenheim Paul, Lehrbuch des Völkerrechts, I, Basel 1948.
- Gut Margrit, Staatsrechtliche Streitigkeiten zwischen den Kantonen und ihre Beilegung, Zürcher Diss. 1942.
- Jedlicka Georg, Der öffentlich-rechtliche Vertrag im Verwaltungsrecht, Zürcher Diss. 1923.
- Jèze Gaston, Les Principes Généraux du Droit Administratif, I 3. A. Paris 1925.
- Kaufmann Erich, Das Wesen des Völkerrechts und die Clausula rebus sic stantibus, Tübingen 1911.
- Kegel Gerhard, Rupp Hans und Zweigert Konrad, Die Einwirkungen des Krieges auf Verträge in der Rechtssprechung Deutschlands, Frankreichs, Englands und der Vereinigten Staaten von Amerika, Berlin 1941.
- Kormann Karl, System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte, Berlin 1910.
- Lourde Alfred, Des associations des communes pour l'exploitation des services publics, Lausanne Diss. 1932.
- Nawiasky Hans, Allgemeine Rechtslehre als System der rechtlichen Grundbegriffe, Einsiedeln 1941.
- Oertmann Paul, Die Geschäftsgrundlage, ein neuer Rechtsbegriff, Leipzig 1921.
- Oftinger Karl, Die krisenbedingte Veränderung der Grundlagen bestehender Verträge, in SJZ 36, 229/245.
- Pfaff Leopold, Die Clausel rebus sic stantibus in der Doktrin und der österreichischen Gesetzgebung, Stuttgart 1898.
- Reichel Hans, Vertragsrücktritt wegen veränderter Verhältnisse, Berlin 1933.
- Ruck Erwin, Schweizerisches Verwaltungsrecht, I 2. A. Zürich 1939.

- Schmitt Bruno, Ueber die Clausula rebus sic stantibus sowie einige verwandte Völkerrechtsnormen, Berlin 1907.
- Speiser Ruth, Ueber öffentlich-rechtliche Verträge im Verwaltungsrecht, Basler Diss. 1922.
- v. Tuhr/Siegwart, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts I/II, Zürich 1942/44.
- Weber Hans, Das richterliche Aenderungsrecht bei Dauerverträgen, Zürcher Diss. 1925.
- Welti Hans, La Guerre et la Responsabilité contractuelle, Genfer Diss. 1918.

Abkürzungsverzeichnis

Arch. öff. R.	=	Archiv des öffentlichen Rechts.
BGB	=	Bürgerliches Gesetzbuch für das Deutsche Reich vom 18. August 1896.
BGE	=	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichtes (Amtliche Sammlung).
Diss	=	Dissertation.
Burckhardt	=	Walter Burckhardt, Der Vertrag im Privatrecht und im öffentlichen Recht.
Fleiner	=	Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts.
Mshr. bern. Verw. R.	=	Monatsschrift für bernisches Verwaltungsrecht und Notariatswesen.
OR	=	Schweizerisches Obligationenrecht vom 30. März 1911/18. Dezember 1936.
RGZ	=	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
Seedammstreit	=	Urteil des Schweizerischen Bundesgerichts in Sachen Kanton Schwyz, Kanton St. Gallen, Schweiz. Südostbahn gegen Kanton Zürich betreffend Vollendung des Seedammumbaus bei Rapperswil, vom 2. Juni 1949.
SJZ	=	Schweizerische Juristenzeitung.
ZGB	=	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907.
ZSR	=	Zeitschrift für Schweizerisches Recht.
ZSGV	=	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung.

Entscheidungen

- Ulmer, Die staatsrechtliche Praxis der schweizerischen Bundesbehörden aus den Jahren 1848—1863, 2 Bde. 1862/1866 (Basel).
- von Salis, Schweizerisches Bundesrecht. Staats- und verwaltungsrechtliche Praxis des Bundesrates und der Bundesversammlung seit 29. Mai 1874, 1903/4 (Bern).
- Burckhardt, Schweizerisches Bundesrecht. Staats- und verwaltungsrechtliche Praxis des Bundesrates und der Bundesversammlung seit 1903. Als Fortsetzung des Werkes von von Salis, 5 Bände 1930/32 (Frauenfeld).
- Entscheide des Schweiz. Bundesgerichtes. Amtliche Sammlung.
- Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

Zeitschriften

- Zeitschrift für Schweizerisches Recht (Basel).
- Schweizerische Juristenzeitung (Zürich).
- Monatsschrift für bernisches Verwaltungsrecht und Notariatswesen (Bern).
- Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung (Zürich).

Curriculum vitae

Geboren 1922 in Einsiedeln, besuchte ich daselbst die Primar- und Sekundarschulen. Sodann kam ich für ein Jahr ins Welschland, um mich in der französischen Sprache zu vervollkommen. Hierauf besuchte ich in den Jahren 1936—1941 das Kollegium in Schwyz, wo ich 1940 bzw. 1941 meine Mittelschulstudien mit Handelsdiplom und Handelsmatura abschloß. Im Herbst 1941 immatrikulierte ich mich an der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich, wo ich bis zu meinen Examen blieb. Im Oktober 1947 habe ich meine letzten juristischen Prüfungen bestanden. In der Folge arbeitete ich praktisch juristisch am Bezirksgericht Zürich und bei der Schweizerischen Verrechnungsstelle, Abteilung für die Liquidation deutscher Vermögenswerte.

